

Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

PETER BALASTÈR
~~VON~~
Zuoz GR

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau 1953



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507222_0115

Die qualifizierte Kapitalerhöhung bei Aktiengesellschaften

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte
vorgelegt von

PETER BALASTÈR
Zuoz GR

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau 1953

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 12. Juli 1952

Der Dekan:
Prof. Dr. W. BICKEL



Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
§ 1. Allgemeines	11
§ 2. Die gesetzliche Behandlung der qualifizierten Kapitalerhöhung; Problemstellung der Arbeit	13

I. Kapitel

Die These von der Neugründung der Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung

§ 3. Ihre Bedeutung in der Theorie	18
§ 4. Ihre Bedeutung in der Gesetzgebung (Auslegung von OR 650–653) . .	23

II. Kapitel

Begriff und Wesen der qualifizierten Kapitalerhöhung (Die Verweisung auf OR 628)

§ 5. Allgemeines	27
§ 6. Rechtstheoretische Fragen	30
I. Die rechtsgewährende Funktion der Bestimmungen von OR 628 . .	30
II. Der Gebotscharakter der Bestimmungen von OR 628.	35
III. Die Beziehungen zwischen rechtsgewährender und gebietender Funktion	37
IV. Zusammenfassung	38
§ 7. Die Sachkapitalerhöhung	40
I. Das Verhältnis von Sacheinlagen und Sachübernahmen	40
A. Im Allgemeinen	40
B. Die frei gewählte Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen	43
C. Die notwendige Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen	43
D. Ergebnis.	46
II. Der Gegenstand der Sacheinlage und Sachübernahme.	46
III. Der Zeitpunkt der Begründung des Illationsvertrages.	49
A. Das Umgehungsgeschäft wird <i>nach</i> der Kapitalerhöhung begründet	50
1. Ausführungen zum Tatbestand.	50
a) Die Analogie zur «Nachgründung».	50
b) Der maßgebliche Zeitpunkt	51
2. Die Auslegung und Anwendung von OR 628.	53
a) Die Bedeutung von OR 633.	53
b) Die Grundsätze der Simulation sind nicht anwendbar. .	55
c) Die Beurteilung als Umgehung	57
aa) Die Ergebnisse nach der extensiven Interpretation	58
bb) Die Ergebnisse nach der restriktiven Interpretation	60

B. Das Umgehungsgeschäft wird <i>vor</i> der Kapitalerhöhung begründet	62
1. Allgemeines	62
2. Die Bedeutung von Artikel 80 der Handelsregisterverordnung	63
a) Verordnungsbestimmungen und Bestimmungen des OR über die Barliberierung	64
b) Verordnungsbestimmungen und Bestimmungen des OR über die Sachliberierung	66
aa) Die extensive Interpretation	67
bb) Die restriktive Interpretation	68
3. Zusammenfassung	69
IV. Die Anrechnung des Wertes des Illationsgegenstandes auf die Liberierungsschuld	69
A. Der Sachwert wird auf das Agio angerechnet	70
1. Allgemeine Bedeutung und bilanztechnische Behandlung des Agios bei der Apporterhöhung	70
2. Die rechtliche Behandlung dieses Umgehungstatbestandes	75
B. Einlegung des Sachwertes in das Vermögen einer Tochtergesellschaft	79
§ 8. Die Gewährung von besonderen Vorteilen	81
I. Begriff und Wesen des besonderen Vorteils	81
II. Das Verhältnis von besonderem Vorteil, Sacheinlage und Sachübernahme	82
§ 9. Die Rechtsfolgen der fehlerhaften qualifizierten Kapitalerhöhung. . .	83
I. Die Auflösung der Gesellschaft.	83
II. Nichtigkeit der Kapitalerhöhung.	84
III. Unwirksamkeit, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen	85
IV. Zusammenfassung für das zweite Kapitel	87

III. Kapitel

Die gesetzlichen Normen über die qualifizierte Kapitalerhöhung im einzelnen

§ 10. Besondere Voraussetzungen der qualifizierten Kapitalerhöhung . . .	88
I. Das autorisierte Kapital	88
II. Der Erhöhungsbeschluß nicht statutenändernder Qualität. . . .	90
III. Die Einberufung der Generalversammlung	91
§ 11. Die Gründungsnormen, auf die in OR 650 verwiesen wird	92
I. Die gesetzliche Regelung der qualifizierten Sukzessivgründung. .	92
II. Die gesetzliche Regelung der qualifizierten Simultangründung . .	94
§ 12. Das Sukzessivverfahren	94
I. Der Kapitalerhöhungsbeschluß	94
A. Sukzessivverfahren und Simultanverfahren.	94
B. Die Rechtsnatur von Kapitalerhöhungs- und Feststellungsbeschluß.	95

C. Die Berücksichtigung der Qualifikationstatbestände im Kapitalerhöhungs- und Feststellungsbeschluß	97
D. Zusammenfassung	100
II. Der Bericht der Verwaltung	101
III. Der Prospekt	101
IV. Die Aktienzeichnung	102
V. Die Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses beim Handelsregisteramt	103
VI. Die Sicherstellung der Sacheinlagen	103
VII. Der Feststellungsbeschluß	104
A. Allgemeines	104
B. Die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 ist nicht erforderlich	106
1. Die systematische Interpretation der Verweisung auf OR 636	106
a) Allgemeines	106
b) Statutenänderungen nach OR 648	107
c) Statutenänderungen nach OR 649, 654, 657	111
2. Die teleologische Interpretation der Verweisung auf OR 636	119
a) Allgemeines	119
b) Der Vertrauensschutz	120
c) Der Schutz der erworbenen Rechte	121
aa) Die Rechte der bisherigen Aktionäre	121
bb) Die Rechte der bisherigen Gläubiger	125
VIII. Die Anmeldung des Feststellungsbeschlusses beim Handelsregisteramt	126
IX. Die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister	128
X. Die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt	129
§ 13. Das Simultanverfahren	129
I. Allgemeines	129
II. Die Vorbereitung der Kapitalerhöhung durch die Verwaltung	130
A. Der besondere Bericht	131
B. Der Prospekt	131
C. Die Aktienzeichnung	132
D. Die Sicherstellung der Sacheinlagen	132
III. Die Beschlußfassung in der Generalversammlung	132
IV. Die öffentliche Verurkundung	132
V. Die Anmeldung der Beschlüsse zum Handelsregister	132
§ 14. Die Haftungsnormen für die qualifizierte Kapitalerhöhung	133
§ 15. Zusammenfassung für das 3. Kapitel	134

Literaturverzeichnis

- Bachmann Gottlieb*: Das Schweizerische Obligationenrecht, Teil 23 bis Schluß, Zürich 1915.
- Bonnecarrère et Laborde-Lacoste*: Exposé méthodique de droit commercial, Paris 1946.
- Botschaft* des Bundesrates zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechtes 1928.
- Brodmann Erich*: Aktienrecht, Kommentar, Berlin und Leipzig 1928.
- Beyli Walter*: Über die Formalitäten bei der Erhöhung des Aktienkapitals, SJZ 15, 308 ff.
- Büchler Hans*: Die Erhöhung des Gründungskapitals mit Ausgabe von Gratisaktien, Diss., Bern 1916.
- Capitaine G. Schw.* A.G. 14, 220, La décision préalable d'augmentation du capital social d'une S.A.
- Copper-Royer*: Traité des sociétés anonymes, Paris 1931.
- Copper-Royer Jean*: De la fusion des sociétés, Paris 1923.
- Cosak Konrad*: Lehrbuch des Handelsrechtes, Stuttgart 1910.
- Curti A.*: Aktiengesellschaft und Holdinggesellschaft in der Schweiz, Berlin 1930.
- Düringer-Hachenburg*: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, Kommentar 3. Bd. 1. Teil, Mannheim, Berlin, Leipzig 1934.
- Egger August*: Einleitung und Personenrecht, 1. Bd. des Kommentars zum schw. ZGB 1930.
- – Zur Revision des schweizerischen Aktienrechtes, SJZ 21, 365 ff.
- – Die Aktiengesellschaft nach dem rev. Obligationenrecht vom 18. Dezember 1936, SJZ 34, 1 ff., 21 ff.
- Fäblier Rodolphe*: La fusion des sociétés anonymes en droit suisse et étranger, Thèse Lausanne 1945.
- De Félice*: Les Apports en nature dans la fondation de la Société anonyme, ZSR 1923, 186 ff.
- Fick Friedrich*: Die verschleierte und schieberhafte Gründung der Aktiengesellschaft, in Schweizer Zeitfragen 1922, Heft 57.
- Fischer Rudolf*: Die Aktiengesellschaft, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes, 3. Bd. 1. Abteilung, Leipzig 1916.
- Fleiner Fritz*: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923.
- Folliet*: Le bilan dans les sociétés anonymes au point de vue juridique et comptable, Lausanne 1946.
- Gadow*: Der Eintritt der Aktiengesellschaft in die vor ihrer Entstehung begründeten Rechtsverhältnisse, Jehrings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes 87, 245 ff.
- Gadow-Heinichen*: Aktiengesetz vom 30. I. 1937, Kommentar 1939.
- Geilinger Ulrich*: Die erschwerten Beschlüsse der Generalversammlung der Aktiönäre, Diss., Zürich 1948.
- Gierke Otto*: Deutsches Privatrecht, Leipzig 1895–1917.
- Godin-Wilhelmi*: Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, Kommentar, Berlin und Leipzig 1937, in Gutentagische Sammlung deutscher Reichsgesetze.

- Gubler Ed.*: Kapitalerhöhung, Schweiz. A.G. 14, 39 ff.
- Guhl Theo*: Das schweizerische OR mit Einschluß des Handels-Wechsel- und Versicherungsvertragsrechtes, I, II, Zürich 1938.
- — Zum Aktienrecht ZBJV 70, 523.
- Hallstein Walter*: Die Aktienrechte der Gegenwart, Berlin 1931.
- Henggeler J. und E.*: Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit im Bankengesetz und im neuen schweiz. Aktienrecht, Zürich 1937.
- Hery A.* Die Auflösungsklage aus mangelhafter Gründung der Aktiengesellschaft, Diss., Freiburg 1928.
- Hoffmann E.F.*: Beiträge zur Apportgründung der Aktiengesellschaft, Diss., Bern 1925.
- Hotz Ch.A.*: La responsabilité civile des fondateurs de la société anonyme, Diss., Neuenburg 1945.
- Houpin-Bosvieux*: Traité générale théorique et pratique des sociétés civiles et commerciales, 6. Auflage, Paris 1929.
- Huber Karl*: Die qualifizierte Gründung der G.m.b.H., Diss., Bern 1939.
- Hug Walter*: Zur Revision des schweizerischen Aktienrechtes, St.Gallen 1934.
- Ihlder Fritz*: Die Erhöhung des Aktienkapitals bei Aktiengesellschaften, Diss., Rostock, Bremen 1905.
- Janton Henri*: L'augmentation du capital, Thèse, Paris 1931.
- Jucker*: Zur Frage der rechtlichen Behandlung der sog. «Nachgründung», SJZ 29, 125 ff.
- Lardelli*: Die qualifizierte Einlagegründung der Aktiengesellschaft, SJZ 15, 141 ff.
- Lehmann Karl*: Das Recht der Aktiengesellschaft, Berlin, 1898, 1904.
- Lehner Othmar*: Die Übernahmegründung und deren Eintragung ins Handelsregister, SJZ 44, 133 ff.
- Lautner*: System des schweizerischen Kriegswirtschaftsrechtes, Zürich 1942.
- Lyon-Caen et Renault*: Traité de Droit commercial, 4^e édition, Paris 1909.
- Maria Paul*: Des modifications du capital au cours de la vie social dans les sociétés commerciales par actions, Thèse A.H. Marseille 1913.
- Morant A.*: Die Gründung der Aktiengesellschaft nach neuem Recht, insbesondere Gründerverantwortlichkeit und Auflösungsklage, Diss., Bern 1939.
- De Muralt Jean*: De la fondation des sociétés anonymes, Thèse, Lausanne 1887.
- Oertmann Paul*: Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen.
- Plangg Karl*: Die rechtlichen Wirkungen der Eintragungen ins Handelsregister, nach schweizerischem Recht, Diss., Zürich 1922.
- Portmann*: Ein Beitrag zum Aktienrecht, SJZ 38, 279 ff.
- Rauch Karl*: Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln, Graz 1947.
- v. Salis Rodo*: Das autorisierte Kapital, Diss., Zürich 1937.
- Scherrer Werner*: Die Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft, in Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweiz. Juristentag, Basel 1942, 37 ff.
- Schlegelberger-Quassowski*: Aktiengesetz vom 30.1.1937, Kommentar 1937.
- Schmid Hans Werner*: Die Erhöhung des Grundkapitals, Diss., Basel 1938.
- Schultheß Robert*: Die verschleierte Apportgründung der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1934.
- Siegwart*: Die Aktiengesellschaft, Kommentar zum OR 5. Teil, Tübingen 1945.

- Siegrist Werner*: Die Erhöhung des Grundkapitals im schweizerischen Aktienrecht, Diss., Zürich 1930.
- Silbernagel*: Die Gründung der Aktiengesellschaft nach deutschem, schweizerischem und englischem Aktienrecht, Berlin 1907.
- Stampa*: Sammlung von Entscheidungen des Bundesrates und seines Justiz- und Polizeidepartementes in Handelsregistersachen, Bern 1923.
- Syz Anton*: Die Einzahlungsarten der Bareinlage bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss., Zürich 1938.
- Solus Henry*: La réforme du droit des sociétés par les décrets-lois de 1935 et 1937, Paris 1938.
- Staub-Pinner*: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Auflage, 2. Bd. Berlin und Leipzig 1926.
- Stokar Rudolf*: Kognitionspflicht und Verantwortlichkeit der Urkundsperson bei ihrer Tätigkeit in der Aktiengesellschaft, Diss., Zürich 1947.
- v. Steiger Fritz*: Prüfung und Eintragung der Aktiengesellschaft beim Handelsregister, Zürich 1937.
- — Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, Zürich 1946.
- Sträuli Hans*: Die Veränderung des Grundkapitals der Aktiengesellschaft nach dem schweizerischen OR, ZSR 14, 1 ff.
- v. Thur/Siegwart*: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechtes, Zürich 1942.
- Vetsch*: Die Umgehung des Gesetzes, Diss., Zürich 1917.
- Volkart*: Der Übernahmevertrag bei der Gesellschaftsgründung, ZGBR 19, 76
- Wahl Albert*: Etude sur l'augmentation du capital dans les sociétés anonymes et les sociétés par actions, in Annales de droit commercial § VII 181, Paris 1893/94.
- Walder*: Die verschleierte Apportgründung einer Aktiengesellschaft, Schweiz. A.G. 1930.
- v. Waldkirch*: Liberierung zu 20% von Erhöhungen des Nominalwertes von Aktien, SJZ 38, 330.
- Warneyer Otto*: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Tübingen (1929)–1930.
- Wehrli Ulrich*: Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft nach schweiz. und deutschem Recht, Diss., Zürich 1940.
- Weiß Gottfried*: Die nicht entziehbaren Rechte des Aktionärs, SJZ 39, 513 ff.
- Wetstein*: Die nicht voll einbezahlte Aktie, Diss., Zürich 1949.
- Wieland Alfred*: Kritisches zum Kapitel der Grundkapitalveränderung nach dem neuen Aktienrecht, ZSR 571 ff.
- — Die Apportgründung der Aktiengesellschaft. SJZ.
- — Die Apportgründung in Theorie und Praxis des schweizerischen Aktienrechtes, Basel 1949.
- — Die Sachübernahmegründung der Aktiengesellschaft in der bundesrätlichen Praxis, SJZ 45, 35 ff.
- Wieland Karl*: Handelsrecht II 1931.
- Wolf*: Formelle oder materielle Strenge im Aktienrecht; verschleierte Apportgründung und Treuhandzeichnung, Schweiz. A.G. 5, 73 ff.

Zeitschriften und Entscheidsammlungen

Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheidungen.
 Annales de droit commercial.
 Die Schweizerische Aktiengesellschaft.
 Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
 Jehrings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechtes.
 Schweizer Zeitfragen.
 Zeitschriften des Bernischen Juristenvereins.
 Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
 Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht.
 Zeitschrift für das Schweizerische Recht, Neue Folge.
 Schweizerische Juristenzeitung.

Abkürzungen

<i>a. a. O.</i>	an angegebenem Ort.
<i>AG</i>	Deutsches Aktiengesetz.
<i>a. M.</i>	anderer Meinung.
<i>BGE</i>	Amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheidungen.
<i>bzw.</i>	beziehungsweise.
<i>gl. M.</i>	gleicher Meinung.
<i>HGB</i>	Deutsches Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.
<i>HReg. VO</i>	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937.
<i>OR</i>	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911 und 18. Dezember 1936.
<i>aOR</i>	Schweizerisches Obligationenrecht vom 14. Juni 1881.
<i>RGZ</i>	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen.
<i>S.</i>	Seite.
<i>usw.</i>	und so weiter.
<i>vgl.</i>	vergleiche.
<i>ZGBR</i>	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht.
<i>ZBJV</i>	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
<i>ZSR</i>	Zeitschrift für Schweizerisches Recht.

Einleitung

§ 1. Allgemeines

Man bezeichnet die Kapitalerhöhung als «qualifiziert», wenn im Zusammenhang mit dieser Maßnahme Sacheinlagen begründet, Vermögenswerte übernommen oder besondere Vorteile gewährt werden¹. Der Gesetzgeber hat die genannten drei Tatbestände besonderen Formalien unterstellt². Diese weichen im einzelnen voneinander ab; im wesentlichen sind sie jedoch gleich ausgestaltet worden. Sie bilden ein einheitliches Ganzes. Formelle Differenzierungen sind lediglich als Auswirkungen der materiellen Verschiedenheiten, die zwischen den einzelnen Qualifikationstatbeständen bestehen, aufzufassen.

Diese gleichgerichtete, zusammenfassende Behandlung im Gesetz gründet sich auf die virtuelle Gefährlichkeit, die den Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen in gleicher Weise eigen ist. Bei den Sacheinlagen und Sachübernahmen besteht die Gefährlichkeit darin, daß die zu übereignenden Vermögenswerte leicht überbewertet werden. Besondere Vorteile sind deshalb gefährlich, weil die gewährten Vergünstigungen sich oft nicht innerhalb eines sachlich gerechtfertigten Rahmens halten³. Die dargelegte virtuelle Gefährlichkeit kann bei der Kapitalerhöhung in dreifacher Hinsicht aktuell werden:

1. in einer Beeinträchtigung des Vermögens⁴,
2. in einer Wegschöpfung des Gewinnes⁵,
3. in einer Verschiebung des Machtverhältnisses⁶.

¹ v. Steiger 280; v. Salis 107; Wehrli 30.

² Vgl. die Zusammenstellung all dieser Normen bei Siegwart, Art. 628 N 4.

³ Siegwart Art. 628 N 1.

⁴ Eine Beeinträchtigung des Vermögens tritt ein auf Grund überbewerteter Sacheinlagen und Sachübernahmen, sowie als Folge übermäßiger besonderer Vorteile. Das Vermögen ist beeinträchtigt im Verhältnis zur Höhe, die es erreichen würde, wenn man zu seinem alten Bestand den Gesamtbetrag der neuemittierten Aktien zu ihrem Emissionskurs hinzurechnet.

⁵ Eine Wegschöpfung des Gewinnes ist dann gegeben, wenn die Gewinnverteilung zugunsten einzelner Aktionäre und Aktionärgruppen eine Verschiebung erfährt, die die Ansprüche der bisherigen Aktionäre und der neuen Publikumsaktionäre beeinträchtigt.

⁶ Eine Verschiebung des Machtverhältnisses tritt bei den Trägern der Herrschaftsrechte dann ein, wenn die bisherigen Aktionäre an der Neuemission nicht

Als gefährdet gilt das Grundkapital, das einen der Grundkapitalziffer entsprechenden effektiven Bestand haben sollte. Das Grundkapital erfüllt bei der Aktiengesellschaft sehr wichtige Funktionen. Es stellt den minimalen Betriebsfonds und die gesetzlich gewährleistete Haftungsgrundlage der Unternehmung dar. Ferner regelt es die Herrschaftsverhältnisse in der Gesellschaft und die Beteiligung der Aktionäre am erzielten Gewinn und am Liquidationsergebnis. So dient das Grundkapital den Interessen der Aktionäre, der Gläubiger und der Gesellschaft selbst. Die Gefährdung des Grundkapitals wirkt sich mittelbar auf die genannten subjektiven Interessen aus. Unsere Rechtsordnung will jedoch diese Interessen schützen. Dies kann am besten durch die Sicherstellung des Grundkapitals erreicht werden. Das Grundkapital ist darum das unmittelbare, die subjektiven Interessen das mittelbare Schutzobjekt.

Unter der Herrschaft des Konzessionssystems konnte die Konzessionsbehörde im Einzelfalle zu diesem Schutze sehen. Seit das Normativsystem in Geltung steht, obliegt es dem Gesetzgeber, durch die Aufstellung von allgemein gültigen Normen Gewähr dafür zu schaffen, daß das Grundkapital bei der Gründung vorhanden sei und später in seinem Bestand erhalten bleibe.

Die Möglichkeit, das bei der Gründung geschaffene Grundkapital später zu verändern, steht im neueren Aktienrecht außer Diskussion. Darum müssen die Normativbestimmungen, die die Aufbringung und Liberierung des Grundkapitals bei der Gründung sicherstellen, durch weitere Schutzvorschriften, die bei Veränderungen des Grundkapitals zu beachten sind, ergänzt werden. Zu diesen zusätzlichen Kautelen zählen besonders die Vorschriften über die Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung. Hier sollen nur die Normativbestimmungen für den speziellen Fall der qualifizierten Kapitalerhöhung näher betrachtet werden⁷.

im Verhältnis ihres bisherigen Aktienbesitzes teilhaben können. Dazu kann es vor allem im Falle einer Apporterhöhung kommen, wo die neuen Aktien den Inferenten, bzw. ihren Mittelsmännern, zugesprochen werden.

⁷ Es gibt verschiedene Arten von Kapitalerhöhung: Nach dem Verfahren unterscheidet man Sukzessiv- und Simultankapitalerhöhungen; nach der Herkunft der neuen Mittel Kapitalerhöhungen aus eigenen und Kapitalerhöhungen aus Fremdmitteln (Rauch 187); nach der Beschaffenheit der Liberierungsmittel Barerhöhungen und Sacherhöhungen.

Die zuletzt angeführte Unterscheidung, die uns besonders interessiert, ist durch das positive Recht bedingt. Unser Gesetz kennt nur Bar- und Sachliberierungen.

§ 2. Die gesetzliche Behandlung der qualifizierten Kapitalerhöhung; Problemstellung; Plan der Arbeit

Der schweizerische Gesetzgeber hat für die Kapitalerhöhung bei der Aktiengesellschaft nur eine unvollständige Ordnung aufgestellt¹. In Artikel 650 Absatz 1 und 2 OR wird für die Ausgabe neuer Aktien auf die gesetzliche Regelung der Gründung der Aktiengesellschaft verwiesen². Daneben enthält das Gesetz einzelne spezielle Normen, die sich mit den heranzuziehenden Gründungsbestimmungen nicht leicht zu einem einheitlichen Ganzen zusammenfügen lassen. Es ergeben sich, vor allem für die formellen Erfordernisse, zahlreiche um-

Der Volkswirtschaftler, der die Kapitalerhöhung unter dem Gesichtspunkt des «Kapitalzuganges» betrachtet, macht weitere Unterscheidungen. So werden im schweizerischen Finanzjahrbuch die durch die Erhöhungen erfolgten «Kapitalzugänge nach Art der Einzahlungen» folgendermaßen zusammengestellt:

	1942/43 Fr.	1943/44 Fr.	1944/45 Fr.
Bareinzahlungen . . .	65 093 000.—	52 777 000.—	48 310 000.—
Sacheinlagen	5 876 000.—	2 260 000.—	13 917 000.—
Verrechnungen	22 829 000.—	41 556 000.—	23 632 000.—
Gratisaktien	4 151 000.—	3 744 000.—	2 070 000.—
Sonstige	150 000.—	—	—

Für den Juristen sind diese Zahlen nicht sehr aufschlußreich. Die fünf Posten unserer Rubrik lassen sich nicht ohne weiteres nach der gesetzlichen Einteilung von Bar- und Sachliberierung ordnen. Auf alle Fälle spielt die Sachliberierung bei der Kapitalerhöhung wie bei der Gründung eine bedeutende Rolle. Denn neben den angeführten eigentlichen Sacheinlagen zählen zu den Fällen von Sachkapitalerhöhung sicher auch viele Erhöhungen, die in der obigen Zusammenstellung als Barerhöhungen und als Erhöhungen durch Verrechnung rubriziert wurden. Zu einer Barzahlung kommt es ja auch im Falle einer Sachübernahme; Kapitalerhöhungen mit Sachübernahmen gelten jedoch rechtlich als Sachkapitalerhöhungen. Ferner ist zu beachten, daß alle verschleierte Apporterhöhungen in der Gestalt von Barerhöhungen bzw. Erhöhungen durch Verrechnung in Erscheinung treten. Hinzu kommt, daß die Kapitalerhöhung auch dann als «qualifiziert» gilt, wenn besondere Vorteile gewährt werden, im übrigen jedoch eine Barerhöhung vorliegt.

¹ Scherrer, Einleitung 39 ff.; v. Salis 99 f.

² Ein ähnlicher Verweis findet sich auch in OR 749. Hier wird für die Fusion, in der Form der Kombination, einerseits auf die Bestimmungen über die Fusion, in der Form der Annexion, anderseits aber auch auf die Gründungsbestimmungen verwiesen. Vgl. dazu die Ausführungen auf S. 115 f.

strittene Probleme. Von diesen Streitfragen sollen hier diejenigen behandelt werden, die mit den Besonderheiten der qualifizierten Kapitalerhöhung in Zusammenhang stehen.

Auf die qualifizierte Kapitalerhöhung nimmt Absatz 2 von OR 650 besonders Bezug. Hier heißt es ausdrücklich, daß die Bestimmungen über Sacheinlagen, die Übernahme von Vermögenswerten und die Gewährung von besonderen Vorteilen auch bei der Kapitalerhöhung zu beachten seien.

Prima vista erscheint dieser besondere Verweis neben dem in Absatz 1 des genannten Artikels enthaltenen allgemeinen Verweis nicht erforderlich. Es war jedoch nötig, diese spezielle Anmerkung in das Gesetz aufzunehmen, weil es nach altem Recht gerade umstritten war, ob die Gründungsvorschriften von aOR 619, denen die Bestimmungen von rev. OR 628 entsprechen, auch für den Fall der Kapitalerhöhung anzuwenden seien³.

Der tiefere Sinn dieser besonderen Erwähnung steckt jedoch in der Problematik, die jede gesetzliche Verweisung aufwirft. Die an anderer Stelle im Gesetz getroffene Regelung darf nämlich auf Grund eines Verweises nur insofern übernommen werden, als sie in Anwendung auf die neue Materie überhaupt sinnvoll erscheint⁴. Einzelne Bestimmungen können in Wegfall kommen; andere sind abzuändern und anzupassen. So dient denn der spezielle Verweis dazu, die Auslegung des allgemeinen Verweises zu erleichtern. Schon allein auf Grund von OR 650, Absatz 1 wäre die Anwendung der Bestimmungen über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile in Erwägung zu ziehen; Absatz 2 des genannten Verweises schließt jeden Zweifel über diese Frage aus.

Diese Feststellung gilt nun für den Normenkomplex über die qualifizierte Kapitalerhöhung als Ganzes. Hingegen ist, bei der analogen Anwendung der einzelnen aus dieser Gesamtheit entnommenen Bestimmungen, die Frage nach ihrer Begründetheit für die Kapitalerhöhung immer neu zu stellen. Vor allem materiellrechtliche Probleme erheischen in jedem Fall eine eingehende Berücksichtigung der besonderen, bei der Kapitalerhöhung gegebenen Rechtslage⁵.

³ BGE 59 II 450. In diesem Entscheid lehnte es das Bundesgericht ab, zu unserem Problem Stellung zu nehmen, und zwar im Hinblick auf die in Gang befindliche Teilrevision des OR. Henggeler 14; Bächler 51.

⁴ K. Wieland II 168; v. Steiger 276f.; v. Salis 100f.

⁵ Scherrer 40, will den Verweis besonders bezüglich der Formalien gelten lassen.

Dogmatisch betrachtet, werfen die angeführten Gesetzesverweisungen die Probleme der Gesetzesauslegung und der Rechtsanwendung auf. Rechtspolitisch gesehen, steht die Frage im Vordergrund, inwiefern die Entwicklung der wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschaft, insbesondere ihr Bestreben nach Anpassung an veränderte Verhältnisse, durch mannigfache Formvorschriften erschwert werden darf⁶. Bei der Interpretation des Verweises ist daher zu untersuchen, wie die qualifizierte Kapitalerhöhung sich auf die Interessen der Aktionäre, der Gläubiger und der Gesellschaft selbst auswirkt. Insbesondere gilt es festzustellen, inwiefern diese Interessen schutzbedürftig sind. Denn diese Schutzbedürftigkeit muß dafür entscheidend sein, inwiefern den Kautelen für die Tatbestände von OR 628 eine durchgreifende Wirkung zu verleihen ist⁷.

Dieser teleologische Gesichtspunkt kann aber für die Interpretation der Verweise von OR 650 nicht allein maßgeblich sein. Das Wesen des Verweises erfordert allgemein, daß besonders auch die systematische Gesetzesinterpretation angewendet werde. Dies gilt vor allem für die Verweise, die uns hier beschäftigen. Es wird sich nämlich erweisen, daß für die Kapitalerhöhungskautelen im wesentlichen dieselbe Ratio maßgeblich ist, die auch für die Gründungskautelen gilt. Die teleologische Interpretation allein führt darum nicht zu wesentlich neuen Gesichtspunkten. Hingegen gibt die systematische Auslegung die beste Möglichkeit ab, die Verweise, die an sich die Anwendung aller Gründungskautelen auch im Falle der Kapitalerhöhung in genereller Weise vorschreiben, kritisch zu beleuchten.

In einem besonderen Kapitel soll darum die Stellung der Kapitalerhöhung als Institution des gesamten Aktienrechtes erörtert werden. Es geht hierbei um die Frage, ob die Kapitalerhöhung eine Neugründung oder wenigstens eine teilweise Neugründung darstellt, oder bloß eine Statutenänderung.

Die Beantwortung dieser Frage ist für die Behandlung der Kapitalerhöhung von grundlegender Bedeutung. Das ist eine Erkenntnis, die

⁶ G. Weiß, SJZ 39, 413 Sparte 2.

⁷ Das Maß der Schutzbedürftigkeit ist nach Siegwart Art. 649 N 3 auch die Ratio der Verschiedenheiten in der Beschlußfassung, die in den Art. 647, 648 und 649 vorgeschrieben sind. Diese Erschwerungen in der Beschlußfassung stellen Kautelen des Gesetzes dar, die im gleichen Sinne wirken sollen, wie die Kautelen für die qualifizierte Kapitalerhöhung.

sich zunächst in der französischen Literatur durchgesetzt hat⁸. Karl Rauch hat sie auch für das deutsche Recht übernommen⁹. Für das schweizerische Recht muß sie von besonderem Wert sein. Sie allein gestattet es nämlich, in unsere summarische gesetzliche Behandlung des Institutes der Kapitalerhöhung Ordnung zu bringen. Nur so läßt sich die Kapitalerhöhung nach einem einheitlichen Gesichtspunkt konstruieren.

Früher wurde ausgeführt, die Interpretation der Verweise von OR 650 reduziere sich auf die grundlegende Frage, inwiefern Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile mit Rücksicht auf die Aufbringung und Erhaltung des Grundkapitals auch bei der Kapitalerhöhung mit besonderen Schutzvorschriften umgeben werden sollen. Die Lösung dieses Problems kann aber nicht nur aus dem Gesichtspunkt der analogen Anwendung der formellen Gründungskautelen gewonnen werden. Es weist noch einen anderen Aspekt auf, den man nicht außer Acht lassen darf. Im OR 650 Absatz 2 wird auch auf die materiellen Bestimmungen von OR 628 verwiesen. Die Wirksamkeit der Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung hängt in hohem Maße auch noch davon ab, wie man OR 628 auslegt. Hier geht es um die Frage, wann eine qualifizierte Kapitalerhöhung überhaupt gegeben ist. Mit der Aufstellung der Normativbestimmungen, als Akt der Rechtssetzung, hat die Rechtsordnung ihre Schutzaufgabe noch nicht ganz erfüllt. Die Rechtsetzung bedarf der Ergänzung durch die Rechtsanwendung und die Rechtsprechung. Die bestausgewogenen formellen Bestimmungen bleiben unwirksam, wenn nicht zugleich feststeht, daß sie auch zum Zuge kommen, wenn die gefährlichen Maßnahmen begründet werden.

Eigentlich handelt es sich bei der Auslegung von OR 628 nur um die Frage nach dem Tatbestand, auf den die Normativbestimmungen über die Kapitalerhöhung angewendet werden sollen. Diese Frage zeigt jedoch in unserem Falle eine Besonderheit. Schon bei der Darlegung dieses Tatbestandes müssen nämlich weitgehend dieselben Ermessensfragen beurteilt werden, wie bei der Auslegung der Normativbestimmungen selber. Wenn die Begriffe Sacheinlage, Sachübernahme, besonderer Vorteil als solche auch unveränderlich sind, so haben diese Institute bei der Kapitalerhöhung doch einen anderen

⁸ Vgl. dazu K. Rauch 116, Anm. 4, sowie S. 21 dieser Arbeit.

⁹ S. 107.

Geltungsbereich als bei der Gründung. Dieser Geltungsbereich muß neu umschrieben werden. Die Darlegung des Tatbestandes und die Ausführungen zur anwendbaren Norm werfen dieselben Probleme auf und sollen darum hier gesamthaft behandelt werden.

Die Auslegung von OR 628 in Anwendung auf den Fall der Gründung wurde immer wieder erörtert¹⁰. Die Erkenntnisse, die dabei gewonnen wurden, können auch für den Fall der Kapitalerhöhung fruchtbar gemacht werden. Darum verdienen sie auch im Zusammenhang mit unserem Thema besondere Berücksichtigung.

¹⁰ Vgl. die Zusammenstellung bei Siegwart, Literaturangaben zu OR 628; ferner hinten 27 ff.

Die These von der Neugründung der Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung

§ 3. Ihre Bedeutung in der Theorie

In der Aktienrechtsliteratur ist die Lehre, wonach die Kapitalerhöhung als Neugründung der Gesellschaft aufzufassen ist, sehr verbreitet¹.

Der Ursprung dieser Theorie ist umstritten. Nach der Meinung K. Wielands² ist sie auf das im älteren Aktienrecht geltende Oktroi-system zurückzuführen. Im Rahmen dieses Systems bildete das Grundkapital einen «integrierenden Bestandteil der „Persönlichkeit“ der Aktiengesellschaft». Eine Änderung am Grundkapital bedeutete Änderung der Persönlichkeit. Im Sinne dieser Anschauung trat darum mit der Schaffung eines neuen Kapitals an Stelle der alten Gesellschaft eine neue. Damit harmonierte auch das damals bestehende Gebot der Stimmereinheit für die Kapitalerhöhung³.

Karl Rauch bezeichnet diese Begründung als unrichtig⁴. Nach ihm konnte die Kapitalerhöhung richtigerweise immer nur als ein Fall von Statutenänderung aufgefaßt werden. Er weist, unter Berufung auf R. Fischer⁵, nach, daß das Grundkapital gerade im älteren Aktienrecht nicht als ein Essentiale der Aktiengesellschaft gegolten habe.

Die Lehre von der Neugründung führt Rauch auf den Übergang vom Konzessionssystem zum Normativsystem zurück. Bei diesem Übergang habe man es unterlassen, die Sicherungen, die das Konzessionssystem für die Kapitalerhöhung kannte, durch den Einbau von besonderen Schutznormen in das Normativsystem zu ersetzen.

¹ Vgl. dazu Schultheß 10, Anm. 2, ferner Rauch 108, Anm. 3.

² II 163; gleicher Meinung v. Salis 95 (beide Autoren bei Rauch 110, Anm. 1 zitiert).

³ v. Salis 95.

⁴ 110.

⁵ Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handels- und Konkursrechts III, 1 (Leipzig 1916) 19.

Diese Unterlassung leistete schwindelhaften Kapitalerhöhungen Vorschub, und um diesem Mißstand zu begegnen, habe Nissen⁶ die Theorie von der Neugründung aufgestellt. Denn diese ermöglichte die Anwendung der Gründungsbestimmungen des Gesetzes auch auf den Fall einer Kapitalerhöhung. Das veranlaßt Rauch, das Dogma der Neugründung als eine «Zweckschöpfung» zu kennzeichnen.

Aus den angeführten verschiedenen Deutungen des Ursprungs unserer Theorie geht hervor, daß die Kapitalerhöhung zunächst weitgehend als eine wirkliche Neugründung aufgefaßt wurde. Diese Anschauung stieß jedoch auf Ablehnung. Schon aus rechtstheoretischen Erwägungen wandte man sich dagegen⁷. Noch mehr bewirkte die Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse, daß die Theorie von der wirklichen Neugründung in neuerer Zeit gänzlich aufgegeben, oder wenigstens stark modifiziert werden mußte. Denn die Kapitalerhöhung wurde zu einer Maßnahme, die beim Institut der Aktiengesellschaft immer häufiger vorkam⁸. Die heutige Forderung nach «Elastizität des Unternehmens und des Grundvermögens»⁹ wirkt sich auch dahin aus, daß verhältnismäßig häufig zum Mittel der Kapitalerhöhung gegriffen wird. Die Kapitalerhöhung hat den Charakter einer außerordentlichen Maßnahme, die geeignet erscheint, im Leben der Gesellschaft einen Unterbruch herbeizuführen, verloren. So spricht man in neuerer Zeit nur noch von «teilweiser Neugründung»¹⁰, «partieller Neugründung»¹¹, «teilweiser Neubildung»¹², wenn man gar die Idee der wirklichen Neugründung nicht ganz fallen läßt.

Nach der überwiegenden Meinung der modernen Autoren stellt die Kapitalerhöhung eine Statutenänderung dar¹³. Die rechtliche und wirtschaftliche Ähnlichkeit dieses Vorganges mit dem der Gründung¹⁴ gibt jedoch immer wieder zu Vergleichen und zu Analogieschlüssen Anlaß. Wenn aber aus diesem Gesichtspunkt die Gründungsbestimmungen für die Erörterung der Kapitalerhöhung herangezogen werden, so geschieht dies nicht mehr in der Meinung, es handle sich um

⁶ Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht 19, 19.

⁷ Wahl, Annales de droit commercial VII 1893, Nr. 12, 93 ff.

⁸ Rauch 116.

⁹ v. Salis 3.

¹⁰ Henggeler 18.

¹¹ Henggeler 18.

¹² Fischer § 50 I.

¹³ Godin Wilhelmi, Aktiengesetz § 149 N 1.

eine wirkliche Neugründung. Man will dabei bloß für die gleichen rechtlichen Probleme die gleichen Lösungen gelten lassen.

Hiebei besteht nun die Gefahr, daß man in der Beurteilung der besonderen, bei der Kapitalerhöhung gegebenen Rechtslage zu wenig kritisch ist. So kommt es denn, daß der Idee der Neugründung, obwohl ihre theoretische Unhaltbarkeit erwiesen ist, immer noch in hohem Maße gehuldigt wird. Im Banne der für die Gründung gewonnenen Erkenntnisse, transponiert man die Gründungsbestimmungen oft unbesehen auf den Fall der Kapitalerhöhung. Das kann zu einer rechtlich falschen Beurteilung und Behandlung der Kapitalerhöhung führen. Dafür hat Karl Rauch in seiner Monographie, «Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln», ein schlagendes Beispiel gegeben¹⁵.

¹⁴ v. Salis 98.

¹⁵ Die Schrift dieses österreichischen Gelehrten wurde zur Zeit verfaßt, als Österreich noch mit Deutschland vereinigt war. Sie bezieht sich darum speziell auf die Gesetzgebung des deutschen Reiches. Sie enthält jedoch eine Rechtsvergleichung auf breiter Basis und hat für die Betrachtung jedes positiven Rechtes großen Erkenntniswert. Wir geben davon im folgenden einen kurzen Abriss:

In Deutschland identifiziert die hergebrachte Anschauung die Liberierung des aus Gesellschaftsmitteln erhöhten Kapitals mit der Liberierung des Grundkapitals bei der Gründung. Sie verkennt den Unterschied dieser beiden Vorgänge, der darin besteht, daß bei der Gründung die Mittel zur Liberierung von Dritten aufgebracht werden, während bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln diese Mittel von der Gesellschaft selber beizubringen sind. Die deutsche Anschauung behandelt darum die beiden Vorgänge gleich und legt sich die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach dem Schema der Aufbringung des Grundkapitals durch Dritte zurecht.

Wenn Dritte eine Einlage auf das Grundkapital erbringen, so übereignen sie dazu die Liberierungsvaluta an die Gesellschaft. Soll bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln eine Übereignung in gleicher Weise erfolgen, so setzt dies voraus, daß diese Mittel zunächst aus dem Eigentum der Gesellschaft in das der Dritten gelangen. Denn nur so können diese die Mittel wieder in das Gesellschaftsvermögen einlegen.

Dieses Hin- und Herschieben von Geld gelangt jedoch nicht zur Ausführung. Hier handelt es sich um eine in einem Zuge ausgeführte «Doppelpmaßnahme». Doch ist die gedankliche Auflösung dieser Maßnahme in zwei wechselseitige Übereignungsgeschäfte von schwerwiegenden fiskalischen Folgen. Sie ermöglicht es nämlich dem Fiskus, die Emission von Gratisaktien (das ist die landläufige Bezeichnung für die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln) zu besteuern. Denn, was im Sinne der geschilderten Doppelpmaßnahme an die Gesellschaft gelangt, kann steuerlich als Gewinnbezug behandelt werden. Dies, obwohl die Aktionäre, die Aktien gratis erhalten, dadurch effektiv nicht bereichert werden. Bei der allgemein hohen Gewinn-

Die Erfahrung lehrt, daß die *Kapitalerhöhung losgelöst von der Gründung* zu betrachten ist. Die Kapitalerhöhung ist in erster Linie als Statutenänderung aufzufassen. Karl Rauch hat die Richtigkeit dieser Auffassung für den speziellen Fall der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nachgewiesen. Er stellt jedoch fest, daß es sich hierbei um eine Erkenntnis handelt, die für den Vorgang der Kapitalerhöhung ganz allgemein gilt¹⁶. Darin deckt sich die Anschauung Rauchs mit der in der französischen Literatur herrschend gewordenen Meinung. Die alte Auffassung wird noch von Lyon-Caen und Renauld¹⁷ vertreten, sowie besonders auch in der Monographie von Janton¹⁸. Dagegen wird die Theorie der Neugründung, auch in der modifizierten Fassung einer teilweisen Neugründung, von Copper-Royer¹⁹ abgelehnt, ferner auch von Wahl²⁰ und von Maria^{21, 22}.

Für das schweizerische Recht hat sich Scherrer²³ in ganz eindeutiger Weise auf den Boden der modernen Anschauung gestellt. Er betrachtet die Kapitalerhöhung als eine «Unterart von Statutenänderung». Dagegen kommt v. Salis auf Grund eingehender Differenzierungen zum Ergebnis, der Idee der teilweisen Um- oder Neugründung, die für die Gesellschaft bloß die Bedeutung einer Fiktion habe, komme, «von der Seite der Zeichner aus gesehen, die volle Kraft der Realität» zu^{24, 25}.

Wie bereits ausgeführt, ist davon auszugehen, die Kapitalerhöhung stelle eine Statutenänderung dar. Doch gilt es an dieser Stelle, noch

besteuerung unserer Zeit wird damit die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zu einer für die Gesellschaft sehr kostspieligen Angelegenheit. Der Vorgang wird wirtschaftlich in unleidlichem Maße erschwert. Die rechtliche Konstruktion wird den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Verkehrs nicht gerecht. (Rauch führt seine Analyse auf streng zivilistischer Basis durch und behandelt die fiskalischen Belange der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln als sekundäre Probleme. Vgl. S. 12).

¹⁶ 109/110.

¹⁷ Nr. 870.

¹⁸ 128 ff.

¹⁹ Nr. 567; gl. M. Houpin-Bosvieux, Bd. 2, Nr. 881.

²⁰ Annales de droit commercial VII 181.

²¹ 136.

²² Vgl. dazu auch Rauch 116, Anm. 4; v. Salis 97/98.

²³ 40.

²⁴ 98/99.

²⁵ Vgl. dazu auch die hinten 24 zitierten Ausführungen Henggelers, die jedoch nur als Gesetzesexegese gemeint sind.

einem absolut ernst zu nehmenden Einwand gegen die Konstruktion der Kapitalerhöhung als reine Statutenänderung zu begegnen.

Der rechtspolitische Grund zur Angleichung der Bestimmungen über die Kapitalerhöhung an die Normativbestimmungen der Gründung liegt im Bestreben, die Gründungsbestimmungen vor Umgehungen zu schützen²⁶. Wenn nämlich die gesetzliche Erschwerung der qualifizierten Gründung viel stärker wiegt, als die gesetzliche Erschwerung der qualifizierten Kapitalerhöhung, so liegt nichts näher, als daß man die Gründung als Bargründung ausgestaltet, und daß man im Anschluß daran, zu einer qualifizierten Kapitalerhöhung schreitet²⁷. Dann erreicht man sein Ziel (allerdings auf Umwegen), ohne die lästigen Gründungsbestimmungen beachten zu müssen²⁸. Dieser Gefahr für die Wirksamkeit der Gründungsbestimmungen muß bei der Festlegung der Bestimmungen über die Kapitalerhöhung Rechnung getragen werden.

Doch rechtfertigt es sich, diesem Gesichtspunkt nur untergeordnete Bedeutung zuzumessen. Die Gründe, die wir früher anführten, gebieten, daß man den Primat der Bedeutung der Kapitalerhöhung als Statutenänderung beilegt. Im deutschen Recht hat man denn auch die Kautelen für die qualifizierte Kapitalerhöhung gegenüber den Kautelen für die qualifizierte Gründung in erheblichem Maße eingeschränkt²⁹.

Noch aus einem anderen, einem methodologischen Grunde wird man jedoch bei der Behandlung der Kapitalerhöhungen als Spezialfall von Statutenänderung ohne einen Seitenblick auf die Gründung nicht auskommen. Wenn jetzt nämlich auch «beide Einrichtungen als selbständige Typen einander gegenüberstehen»³⁰, so müssen doch Gründung und Kapitalerhöhung als Teile des Institutes der Aktiengesellschaft miteinander in Einklang gebracht werden. Sie sind miteinander zu vergleichen, und man kann nicht jeden Analogieschluß a priori ausschließen. Sobald aber die Rechtslage bei der Kapitalerhöhung eine andere ist als bei der Gründung, muß für die Kapitalerhöhung eine selbständige Lösung gefunden werden.

²⁶ Houpin-Bosvieux, Bd. 2, Nr. 880; Janton 128 ff.

²⁷ Schultheß 5.

²⁸ Eine ähnliche Erscheinung begegnet uns bei der sogenannten «Nachgründung»; vgl. hinten 46.

²⁹ K. Rauch 112; vgl. dazu auch hinten 23 ff.

³⁰ Rauch 111.

§ 4. Ihre Bedeutung in der Gesetzgebung

Das *deutsche Aktiengesetz* regelt die Kapitalerhöhung sehr eingehend. Obwohl das deutsche Recht, wie die früher gemachten Ausführungen darlegen, sich in der Behandlung der Gratisaktie vom Dogma der Neugründung noch nicht losgelöst hat, erscheint die Kapitalerhöhung in der allgemeinen gesetzlichen Regelung Deutschlands doch als absolut selbständiges Institut. Das Postulat Rauchs, die These von der Neugründung «endlich ruhen . . . zu lassen»¹, ist im positiven deutschen Gesetzesrecht, wenigstens äußerlich, voll verwirklicht.

Anders liegen die Verhältnisse in *Frankreich*. Hier wurde die Kapitalerhöhung nie zum Gegenstand einer umfassenden gesetzlichen Regelung gemacht. Die rechtliche Behandlung der Kapitalerhöhung war der Doktrin und der Praxis überlassen. Amendements zum Gesetz von 1867 legalisierten erst nach und nach die praktische Handhabung dieses Rechtsinstitutes². Unter diesen Umständen entwickelten nicht nur die Praxis, sondern auch die Doktrin die Normen über die Kapitalerhöhung aus den Gesetzesbestimmungen über die Gründung.

Obwohl Wahl die Unhaltbarkeit der These von der Neugründung der Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung bereits im Jahre 1893 nachgewiesen hatte³, und die französische Literatur nach und nach immer mehr seine Ansicht teilte, wurden die Formalien für die Kapitalerhöhung doch in strenger Analogie zur Gründung ausgebildet. Auf die Kapitalerhöhung als Sonderfall von Statutenänderung konnten in Ermangelung spezieller Gesetzesbestimmungen nur die Gründungsbestimmungen zur Anwendung gelangen. Mehr als bei irgendeinem andern Recht, fühlt man sich darum bei Betrachtung des französischen Rechtes zur Annahme veranlaßt, man sei hier von der Vorstellung der Neugründung ausgegangen. Im französischen Recht finden sozusagen alle Gründungskautele auch bei der Kapitalerhöhung Anwendung⁴.

¹ 116.

² Janton 128 ff.

³ Vgl. vorn 21, Anm. 20.

⁴ Insbesondere müssen auch bei der Kapitalerhöhung die *verificateurs* des apports gewählt werden. Gestützt auf den Bericht dieser Prüfer beschließt dann die Generalversammlung, zwar mit einfachem Mehr, aber gesondert, über die Sacheinlagen. Dem Beschluß müssen jedoch ein Viertel der Aktionäre zustimmen; auch muß ein Quorum von einem Viertel des Grundkapitals erreicht werden. Die Apportanten dürfen nicht mitstimmen. (Janton 143/144.)

Eine eigenartige Stellung hat in dieser Frage der *schweizerische Gesetzgeber* eingenommen⁵. In den Artikeln 650 bis 653 OR wird die Kapitalerhöhung besonders geregelt. Insofern wird sie als selbständige Institution behandelt. Die Verweisungen in OR 650 Absatz 1 und 2 haben jedoch zur Folge, daß bei uns, ähnlich wie in Frankreich, immer noch die Gründungsbestimmungen auf die Kapitalerhöhung entsprechend anzuwenden sind⁶. Bei der Auslegung unseres Gesetzes kann man darum ohne eingehende Berücksichtigung der Gründungsbestimmungen nicht auskommen.

Die «Ausgabe neuer Aktien» wird im OR nicht wie im deutschen Aktiengesetz als besonderer Fall von Statutenänderung dieser Institution untergeordnet, sondern ihr als gleichgeordnet an die Seite gestellt⁷. Der schweizerische Gesetzgeber ging offenbar von der Idee der teilweisen Neugründung aus. Die Kapitalerhöhung sollte wohl kaum eine wirkliche Neugründung sein. Doch legte man sich den Vorgang der Kapitalerhöhung im wesentlichen nach den Gründungsbestimmungen zurecht. Henggeler nimmt dazu in folgender Weise Stellung:⁸ «In der Theorie ist die Frage bestritten, ob die Erhöhung des Aktienkapitals als teilweise Neugründung aufzufassen ist. Dadurch daß das neue OR schlechthin die Ausgabe neuer Aktien den Gründungsbestimmungen unterstellt, ist für das schweizerische Recht somit diese Streiffrage entschieden.»

Im Unterschied zur Rechtslage in Frankreich läßt leider unser Gesetz für die Handhabung des Verweises nicht freie Hand. In einer nicht sehr glücklich erscheinenden Weise werden einzelne Fragen im Gesetz noch gesondert geregelt. Die bezüglichen Bestimmungen stellen sozusagen legale Interpretationen des Verweises dar. Sie erwecken den Eindruck einer erschöpfenden Behandlung der qualifizierten Kapitalerhöhung durch den Gesetzgeber. Im Hinblick auf die vorhandenen speziellen Bestimmungen ist man geneigt, anzunehmen, dort,

⁵ Das aOR regelte das Verfahren der Kapitalerhöhung nicht besonders. Bis 1937 bestand in der Schweiz dieselbe gesetzesrechtliche Situation wie heute in Frankreich, Follet 176.

⁶ Hierbei handelt es sich um eine extensive Interpretation der Gründungsbestimmungen; denn auch die Analogie hält sich nach schweizerischem Recht im Rahmen der Gesetzesinterpretation.

⁷ Vgl. die Marginalien zu OR 647 (II Statutenänderung) und zu OR 650 (III Ausgabe neuer Aktien).

⁸ 18.

wo solche fehlen, sollen die Gründungsbestimmungen gelten. Es liege eine qualifiziertes Schweigen des Gesetzes vor.

Als besondere Normen sind zu erwähnen:

OR 650 Abs. 2, wonach der besondere Bericht von der Verwaltung zu erstatten ist, sowie

OR 651 Ziff. 10, wo es heißt, daß auch der Prospekt über eventuelle Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile Aufschluß geben müsse.

Die besonders wichtige Frage, ob die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 vorgenommen werden müsse, wird im Gesetz nicht besonders behandelt. Nimmt man ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzes an, so muß man die Notwendigkeit, diese erschwerende Bestimmung zu beachten, bejahen. Tatsächlich wird denn auch in der aktienrechtlichen Literatur einhellig vorausgesetzt, die qualifizierte Abstimmung müsse vorgenommen werden⁹. Nur darüber gehen die Meinungen auseinander, wann diese Abstimmung stattfinden solle: bei der Fassung des Erhöhungsbeschlusses oder erst anläßlich des Feststellungsbeschlusses¹⁰. Wir werden im folgenden die Meinung vertreten, es müsse zwar besonders abgestimmt werden, doch ohne daß ein qualifiziertes Mehr zu erreichen wäre.

Daß die besondere Abstimmung vorgenommen werden muß, ergibt sich aus OR 653. Hier heißt es nämlich, auch die besonderen Beschlüsse über Sacheinlagen und die Übernahme von Vermögenswerten seien gegebenenfalls beim Handelsregister einzureichen¹¹.

Eigentümlicherweise werden hier die besonderen Vorteile nicht neben den Sacheinlagen und Sachübernahmen mitaufgezählt. Ein innerer Grund für diese Nichterwähnung ist schwer zu finden. Möglicherweise wollte man die besonderen Vorteile deshalb nicht mit-erwähnen, weil diese meistens in Genußscheinen und Vorzugsaktien verkörpert sind. Für die Ausgabe von Vorzugsaktien und für die Schaffung von Genußscheinen gelten jedoch die besonderen Bestimmungen von OR 654 und OR 657. Damit wäre aber das Prinzip der streng analogen Anwendung der Gründungsbestimmungen für den Fall der Kapitalerhöhung einmal mehr durchbrochen. Es liegt ein

⁹ Siegwart Art. 650 N 31; Schucany Art. 653 N 3; v. Steiger 280.

¹⁰ Vgl. hinten 97 ff.

¹¹ Diese Vorschrift stellt neben den beiden obgenannten Bestimmungen von OR 650, Abs. 2 und OR 651, Ziff. 10 die dritte spezielle Norm zum Verweis von OR 650, Abs. 2 dar.

neuer Beweis für die summarische Behandlung der Kapitalerhöhung durch den Gesetzgeber vor.

Gerade aus dieser Erkenntnis kommt unseres Erachtens für die Handhabung der gesetzlichen Verweisung auf die Gründungsbestimmungen nur eine freie Interpretation in Frage. Die oben dargelegte Argumentation, die mit einem qualifizierten Schweigen des Gesetzes operiert, ist darum abzulehnen. So formallogisch kann man doch nur dort vorgehen, wo ein eindeutiger Gesetzestext gegeben ist. Unsere Gesetzesstelle ist jedoch unklar und widerspruchsvoll.

Ergebnis: Wenn darum die Frage, ob eine besondere Abstimmung vorgenommen werden müsse, auf Grund des Gesetzestextes, zu bejahen ist, so bleibt für die Frage ob die Abstimmung dem besonderen Quorum von OR 636 zu unterwerfen ist, volle Interpretationsfreiheit.

Zweites Kapitel

Begriff und Wesen der qualifizierten Kapitalerhöhung

(Die Verweisung auf OR 628)

§ 5. Allgemeines

Die Pflicht zur Einhaltung der besonderen Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung obliegt den zur Vornahme der Kapitalerhöhung zuständigen Organen der Gesellschaft¹. Es besteht nun aber das Bestreben, sich dieser Pflicht zu entziehen. Entweder will man dabei die vom Gesetzgeber mißbilligten Folgen² tatsächlich herbeiführen, oder dann sucht man auch nur, das Verfahren, in dem diese Kautelen zu beobachten sind, zu vermeiden. Dies wiederum kann seinen Grund entweder darin haben, daß man das Verfahren an sich als lästig und umständlich ablehnt, oder dann möchte man der Offenlegung von Geschäftsinterna, die sich notwendigerweise damit verbindet, ausweichen³.

Das starke Bestreben, die Kautelen von OR 628 zu umgehen, hat zur Folge, daß Begriff und Wesen der qualifizierten Kapitalerhöhung immer wieder erörtert werden. Dies gilt besonders für den Qualifikationstatbestand der Sachübernahme. Bei der Revision des OR von 1937 überließ man denn auch die Feststellung dessen, was als Sachübernahme zu gelten hat, der Praxis⁴.

Eine direkte Unterdrückung der Formalien ohne Schaffung eines Umgehungstatbestandes, das heißt eine Nichtbeachtung der Vorschriften, obwohl die Tatbestände, auf die sie sich beziehen, erfüllt sind, stellt zweifellos eine Verletzung des Gesetzes dar. Sie löst die ordentlichen, aus dem Gesetz sich ergebenden Sanktionen aus (Verweigerung der Eintragung in das Handelsregister oder, wenn diese

¹ Urkundsperson und Handelsregisterbehörde werden von dieser Pflicht insofern auch mitbetroffen, als sie darüber zu wachen haben, daß die Organe der Gesellschaft sich an die Vorschriften des Gesetzes halten. Stokar 85; Handelsregisterverordnung Art. 81.

² Vgl. vorn 11f.

³ Lehner, SJZ 44, 133 Sparte 2; Wehrli 3; Schultheß 6, 17.

⁴ Lehner, SJZ 44, 134 Sparte 2.

schon erfolgt ist, Unverbindlichkeit der Vereinbarungen für die Gesellschaft, Verantwortlichkeit der Beteiligten)⁵. Interpretationsschwierigkeiten ergeben sich jedoch dann, wenn die Kautelen nicht beobachtet werden unter Berufung darauf, das gegebene Rechtsgeschäft erfülle die Voraussetzungen des Gesetzestatbestandes nicht. Dabei kann ein derartiges Rechtsgeschäft sich im wesentlichen, vor allem aber im Erfolg, mit dem Sachverhalte decken, der in den Formvorschriften im einzelnen geregelt worden ist.

Hier hat man es mit Umgehungen zu tun. Die Umgehung stellt nach Vetsch⁶ ein Vorgehen dar, «das nicht direkt gegen eine gesetzliche Bestimmung verstößt, aber doch den Zweck einer solchen vereitelt». Diese Merkmale sind bei den Rechtsgeschäften, die wir hier im Auge haben, erfüllt. Damit ist noch nicht gesagt, daß diese Umgehungen widerrechtlich sind. Es gibt auch legale Umgehungen einer Bestimmung. Das Bundesgericht hat jedoch die Möglichkeit anerkannt, daß Umgehungsgeschäfte zu OR 628 unter Umständen gegen diese Gesetzesbestimmung verstoßen⁷.

Als Umgehungen von OR 628 in Anwendung auf den Fall der Kapitalerhöhung sind folgende Tatbestände näher zu betrachten:

⁵ Siegwart, Art. 628 N 34.

⁶ 12.

⁷ In der viel interpretierten Entscheidung, BGE 59 II 450, wird eine Scheidung zwischen den Fällen einer direkten Verletzung von OR 628 und den Fällen einer Umgehung dieser Bestimmung getroffen. Liegt eine Verletzung vor, das heißt eine Nichtbeachtung der Formalien, obwohl vor der Eintragung der Gründung in das Handelsregister ein formgerechter Übernahmevertrag gegeben ist, so soll der Richter «größtmögliche Strenge walten lassen». «Welche Bestimmungen geeignet wären, auch den Umgehungen zu begegnen», will das Gericht in casu nicht näher untersuchen. Es fügt jedoch seinen Erwägungen ausdrücklich hinzu, daß der Abschluß des Vertrages erst nach der Gründung die Annahme einer Sachübernahme nicht ausschließe. In der Entscheidung vom 20. Februar 1944 hat das Gericht dann den weiteren Schritt getan und den Abschluß eines Apportverschleiervungsvertrages nach vollendeter Gründung als eine unzulässige Unterdrückung von OR 628 behandelt. Wird aber der Übernahmevertrag erst nach der Gründung bzw. Kapitalerhöhung geschlossen, so kann eine Sacheinlage oder Sachübernahme im Rechtssinne nicht mehr gegeben sein. Denn es ist ein unabdingbares Merkmal dieser beiden Institutionen, daß die bezüglichen Verträge vor dem Abschluß der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung begründet werden. Wenn im Zusammenhang mit einer Barkapitalerhöhung ein Apportverschleiervungsvertrag begründet wird, so kann dieser zu den Bestimmungen über Sacheinlagen und Sachübernahmen nur als Umgehungsgeschäft in Beziehung stehen. Das Bundesgericht spricht denn auch ausdrücklich von Umgehungen.

1. Bei der Gründung pflegt man die Schutzbestimmungen von OR 628 dadurch zu vermeiden, daß man zur sogenannten «Nachgründung» schreitet. Die Nachgründung ist nach schweizerischem Recht keinen besonderen Formalien unterstellt⁸. Sie kann grundsätzlich auch nicht unter die Bestimmungen über die qualifizierte Gründung subsumiert werden⁹. Der Tatbestand der Nachgründung läßt sich auf den Fall der Kapitalerhöhung übertragen.

2. Bei der Kapitalerhöhung kann ferner eine Barliberierung auch in der Weise vorgetäuscht werden, daß die dissimulierten Illationsgegenstände vor der Kapitalerhöhung übertragen werden¹⁰. Dann steht dem Inferenten eine Forderung an die Gesellschaft zu. Diese Forderung kann mit der Liberierungsschuld, die später durch Aktienzeichnung begründet wird, nach Maßgabe von Art. 80 der Handelsregisterverordnung verrechnet werden.

3. Man kann sich auch fragen, ob das folgende Vorgehen die Nichtbeachtung der Kautelen für die qualifizierte Kapitalerhöhung rechtfertigt: Der Wert des Illationsgegenstandes wird ausschließlich auf ein bei der Neuemission von Aktien erhobenes Agio angerechnet. Auf das Grundkapital wird dann nur die in bar geleistete Liberierung erbracht.

4. Für das deutsche Reichsgericht¹¹ stellte sich ferner die Frage, ob bei einem Holding die Abfindung des Inferenten mit jungen Aktien der Muttergesellschaft für die Einlegung von Sachgütern in das Vermögen einer Tochtergesellschaft als qualifizierte Kapitalerhöhung zu betrachten ist.

Auf Grund ihres Vorkommens bei der Gründung bezeichnet man die Vorkehren, die zur Herstellung dieser Rechtslage führen, gesamt- haft als «verschleierte Apportgründung»¹², «Scheinbargründung»¹³, «schieberhafte Gründung»¹⁴, «schleierhafte Gründung»¹⁵, «apport dé-

⁸ Im Gegensatz dazu enthalten das deutsche HGB und auch das AG auch für die Nachgründung besondere Schutzbestimmungen (HGB § 207; AG § 45). Zum Unterschied zwischen der gesetzlichen Nachgründung des deutschen Rechtes und unserer «Nachgründung» vgl. A. Wieland 16/17, Anm. 2.

⁹ A. Wieland, SJZ 45, 35 Sparte 1.

¹⁰ Schultheß 76.

¹¹ RGZ 87 Nr. 79.

¹² Schultheß, Zürcher Diss. 1930.

¹³ Wehrli 20.

¹⁴ Fick 57.

¹⁵ Fick 57.

guisé»¹⁶. In Anlehnung an die hier zuerst angeführte Bezeichnung sprechen wir im folgenden von «verschleierter Apportkapitalerhöhung». Es geht hierbei um die Frage, was unter «qualifizierter Kapitalerhöhung» begrifflich zu verstehen ist, und welche Tragweite der Erscheinung der verschleierte Apportkapitalerhöhung zukommt.

§ 6. Rechtstheoretische Fragen

In der dogmatischen Beurteilung der Interpretation von OR 628 gelangt man zu wesentlich verschiedenen Auslegungen je nach der Rechtsnatur, die man diesen Bestimmungen zugrundelegen will¹. Eine enge, sich an den Wortlaut des Gesetzes haltende Interpretation wird vor allem unter dem Gesichtspunkt vertreten, diese Bestimmungen seien gewährenden Rechtes. Stellt man jedoch besonders auf ihren Gebotscharakter ab, und will man dem Gebot eine durchgreifende Wirkung verleihen, so neigt man eher zu einer extensiven Auslegung. Für uns stellt sich darum die Frage, inwiefern die Bestimmungen von OR 628 bei ihrer Anwendung auf den Fall der Kapitalerhöhung rechtsgewährende und inwiefern sie gebietende Funktionen erfüllen.

I. Die rechtsgewährende Funktion der Bestimmungen von OR 628

Funktionell haben die Normativbestimmungen über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile unbestreitbar die Bedeutung von rechtsgewährenden Normen². Dies wurde in der Literatur vor allem für ihre Anwendung auf den Fall der Gründung festgestellt³. Hierbei kann man unterscheiden zwischen einer rechtsgewährenden Funktion zugunsten der Gesellschaft, einer zugunsten der Gründer und einer zugunsten der Aktionäre.

¹⁶ A. Wieland 29.

¹ Vgl. die Problemstellung bei Wehrli 24, 40.

² Damit ist über diese Normen nicht etwa ausgesagt, daß sie dispositives Recht darstellen; es handelt sich nur um die Kennzeichnung einer ihrer Funktionen. Vgl. hinten 35f.

³ Rechtsgewährende und gebietende Funktion dieser Normen werden vor allem in der Arbeit von Wehrli einander gegenübergestellt. Wehrli verweist auf Mann, «Die Sachgründung im Aktienrecht», Mannheim 1932, und auf Anghel, «Verschleierte Sachgründung durch Übernahme im Aktienrecht», Diss. Greifswalden 1934.

A. Zunächst ist es mit Hilfe dieser Normen möglich, für die *Gesellschaft*, noch bevor diese die Rechtspersönlichkeit erlangt hat, bedingte Vertragsverhältnisse zu begründen, die mit der Konstituierung der juristischen Person in volle Wirksamkeit erwachsen. Die Gesellschaft tritt nach Maßgabe der in ihrem Namen abgeschlossenen Verträge berechtigt und verpflichtet ins Leben ein^{4, 5}. Betriebswirtschaftlich besteht der Vorteil darin, daß die Gesellschaft von Anfang an über ein Sachvermögen verfügt. Es erübrigt sich für sie, zunächst für die Eintreibung von Barmitteln besorgt zu sein, die erst nachträglich in festen Vermögenswerten angelegt werden können. Unter diesem Gesichtspunkt spricht man beim Vorliegen von Sacheinlage- und Sachübernahmeverträgen von «Sachgründungen» und «Sachkapitalerhöhungen».

B. Ferner gelangen auf Grund dieser Normen die *Gründer* in den Genuß des Vorteils, daß die von ihnen für die Gesellschaft eingegangenen Verbindlichkeiten mit dem Abschluß des Gründungsgeschäftes automatisch auf die gegründete Aktiengesellschaft übertragen werden. Die Gründer laufen somit nicht Gefahr, ein künftiger Verwaltungsrat lasse ihre Vertragsabschlüsse für die Gesellschaft nicht gelten. Zur Kennzeichnung dieser Funktion der Normativbestimmungen über die qualifizierte Gründung spricht man allgemein davon, diese Bestimmungen verleihen den Gründern eine «Machtbefugnis», beziehungsweise eine «Erweiterung der Vertretungsmacht».

C. Als besonders wichtig verdient auch die rechtsgewährende Funktion zugunsten der *Aktionäre* hervorgehoben zu werden. Wenn die Übereignung des Sachwertes im Rahmen eines Sacheinlagsvertrages in aller Form vor sich geht, so ist damit die Liberierungsschuld für die Aktien, die als Gegenleistung der Gesellschaft vereinbart wurden, in vollem Umfange getilgt. Die Übereignung des Sachwertes stellt eine Leistung an Erfüllung Statt dar. Zeichnet der Aktionär jedoch Baraktien, und überträgt er später den Sachwert in einem Apportverschleierungsvertrag, wobei ihm die Barleistung zurückerstattet

⁴ K. Wieland II 67; Wehrli 42.

⁵ Über die rechtsgewährende Bedeutung der Normativbestimmungen vgl. den Aufsatz Gadows, Iherings Jahrbücher für Dogmatik 87, 261. Gadow hebt hervor, daß für die Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge die Übertragung von Rechten und Pflichten, im Gegensatz zu den andern von den Gründern für die Gesellschaft eingegangenen Verpflichtungen, nicht auf Grund eines besonderen Rechtsgeschäftes zu erfolgen habe, sondern kraft Gesetzes eintrete.

wird, so rechnet der Richter gegebenenfalls die Sachleistung bloß auf die Liberierungsschuld an. Die Sachleistung ist dann nur erfüllungshalber erfolgt⁶.

Es wird nun behauptet, daß im Falle der Kapitalerhöhung die rechtsgewährende Funktion der Bestimmungen von OR 628 gegenstandslos sei⁷. Die Gesellschaft befinde sich während des gesamten Verfahrens der Kapitalerhöhung im Genusse des Rechtes der juristischen Persönlichkeit. Sie könne selbst handelnd auftreten und sei nicht darauf angewiesen, daß andere Rechtsträger für sie Rechte und Pflichten begründen, die ihr nur auf Grund einer besonderen Norm zugerechnet werden. Diese Behauptung ist in ihrer verallgemeinerten Fassung unzutreffend. Was zu ihrer Begründung angeführt wird, entspricht zwar den tatsächlichen Gegebenheiten, muß aber eine andere, differenziertere Ausdeutung erfahren.

a) Richtigerweise ist mit Gadow⁸ von der Unterscheidung zwischen Entstehung der Gesellschaft und Begründung der Verträge auszugehen. Dann kann man feststellen, daß bei der Kapitalerhöhung die *Gesellschaft* nicht erst begründet werden muß. Sie besteht bereits und vermag darum die Kapitalerhöhung selber vorzunehmen. Insofern fällt die rechtsgewährende Funktion der Bestimmungen von OR 628 dahin.

Entscheidend ins Gewicht fällt jedoch, daß die Gesellschaft auch bei der Kapitalerhöhung den Vorzug genießt, zugleich mit der Konstitution des neuen Kapitals durch entsprechende Vertragsabschlüsse ein neues Sachvermögen begründen zu können. Auch hier bleibt ihr die Transaktion von bar zugeflossenem Geld in neue Vermögenswerte erspart. Dieses Entgegenkommen an die Bedürfnisse der Praxis bedarf einer besonderen Grundlage im Gesetz. Denn für die Aktiengesellschaft als Kapitalgesellschaft verlangt das Gesetz als das Normale die Aufbringung des Grundkapitals in bar⁹. OR 628 stellt sich auch bei der Kapitalerhöhung als Ausnahmebestimmung mit rechtsgewährender Funktion für die Gesellschaft dar.

b) Aber auch die rechtsgewährende Funktion zugunsten der für die Gesellschaft handelnden *Organe* ist bei der Kapitalerhöhung gegeben. Dies jedoch nur dann, wenn die Verwaltung die qualifizierten

⁶ Auf diese Zusammenhänge hat A. Wieland 43, in Anlehnung an die BGE 64 II 46, besonders klar hingewiesen.

⁷ Wehrli 66; Hotz 20.

⁸ Jehrings Jahrbücher für die Dogmatik 87, 206.

Tatbestände nach OR 628 auf eigene Verantwortung bedingt begründet. Das trifft zu im Simultanverfahren.

Doch sind dazu zwei Einschränkungen zu machen: Die eine betrifft den Fall, daß eine statutarische Autorisation vorhanden ist, die auch die Maßnahmen der qualifizierten Kapitalerhöhung umfaßt. Die andere Einschränkung ist zu machen mit Bezug auf einen Kapitalerhöhungsbeschluß, der als Akt der gewöhnlichen Geschäftsführung ergeht, dem also keine statutenändernde Bedeutung zukommt¹⁰. In diesen beiden Fällen handelt die Verwaltung auf Grund eines von der Generalversammlung erhaltenen Auftrages. Hier liegen die Verhältnisse gleich wie beim Sukzessivverfahren. Die Rechtsgeschäfte, die unter diesen Umständen durch die Verwaltung begründet werden, verpflichten und berechtigen die Gesellschaft unmittelbar. Sie werden der Gesellschaft direkt zugerechnet, gelten jedoch nur bedingt. Definitive Gültigkeit erlangen sie erst mit der Sanktionierung der Kapitalerhöhung. Hier kann von einer rechtsgewährenden Funktion der Bestimmungen von OR 628 nicht gesprochen werden. Diese Funktion ist durch die ausdrückliche Ermächtigung gegenstandslos geworden. Die Handlungsvollmacht der Verwaltung stellt sich nicht als ein Ausfluß der Normativbestimmungen dar, sondern als Inhalt eines Generalversammlungsbeschlusses, bzw. einer statutarischen Bestimmung.

Im ordentlichen Fall des Simultanverfahrens kann jedoch die Verwaltung *kraft* OR 628 darauf vertrauen, daß ihre Rechtshandlungen, gerichtet auf die Begründung von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen, mit der Sanktionierung der Kapitalerhöhung durch die Generalversammlung der Gesellschaft allein zugerechnet werden. Hier kann also der Verwaltungsrat wie bei der Gründung Verträge begründen, die nur noch durch den ungewissen Umstand bedingt sind, ob die Kapitalerhöhung überhaupt zustandekommt¹¹.

c) Die rechtsgewährende Funktion zugunsten der *Aktionäre* ist bei der Kapitalerhöhung in genau gleicher Weise wie bei der Gründung gegeben.

⁹ Schultheß 65.

¹⁰ Vgl. das Nähere dazu hinten 88 und 90.

¹¹ Nach der herrschenden Auslegung unseres positiven Gesetzesrechtes spielt allerdings die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 für die Tatbestände von OR 628 die entscheidende Rolle. Vgl. dazu hinten 97 ff.

Zusammenfassung:

Es kann darum gesagt werden, die rechtsgewährende Funktion der Bestimmungen von OR 628 zugunsten der Organe der Gesellschaft bestehe bei der Kapitalerhöhung nur beim auftragsfreien Vorgehen, beim auftragsgebundenen jedoch nicht. Für die Gesellschaft und für die Aktionäre ist die rechtsgewährende Funktion bei der Kapitalerhöhung in gleicher Weise gegeben wie bei der Gründung.

Es ist unrichtig zu sagen, bei der Kapitalerhöhung falle die rechtsgewährende Funktion der Bestimmungen von OR 628 dahin. Wenn für die Charakterisierung der Rechtsnatur der Bestimmungen von OR 628 darauf verwiesen wird, diese Bestimmungen hätten in ihrer Anwendung auf den Fall der Kapitalerhöhung nur Gebotscharakter¹², so geschieht dies zu Unrecht. Und die Schlußfolgerung, die gelegentlich daraus gezogen wird, daß nämlich die Bestimmungen von OR 628 überhaupt nur rechtsgebietender Natur seien und müßten darum immer extensiv ausgelegt werden, ist falsch. Aus der Funktion von OR 628 bei der Kapitalerhöhung ergibt sich kein Argument für eine extensive Auslegung.

Die einseitige Betonung der rechtsgewährenden Funktion der Bestimmungen von OR 628 hat jedoch zur Folge, daß ihre Schutzwirkung beeinträchtigt wird. Denn aus diesem Gesichtspunkt gelangt man zu einer restriktiven Interpretation von OR 628. Die Bestimmungen dieses Artikels können dann sehr leicht umgangen werden. Die Verwaltung muß nur dafür sorgen, daß vor der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister keine vertragliche Bindung vorhanden ist, wonach die Gesellschaft im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung Sachwerte zu übernehmen hat. Dann ist der Gesetzesatbestand in seinem Wortlaut nicht erfüllt. Eine später erfolgende Übernahme vollzieht sich im Rahmen der ordentlichen Geschäftsführung und untersteht darum keinen besonderen Formvorschriften¹³.

Daraus geht hervor, daß die Normativbestimmungen von OR 628 bei formaler, wörtlicher Gesetzesinterpretation nicht sehr wirksam sind. Gemessen am rechtspolitischen Zweck der Normativbestimmungen, erscheint ihre Wirkung als schwach. Die Wirkung ist hinter dem Zweck zurückgeblieben¹⁴.

¹² So Hotz und Wehrli.

¹³ Für die konkrete Anwendung dieser Interpretation vgl. A. Wieland 5.

¹⁴ H. Fehr, ZSR 59, 59.

Und doch wurde diese enge Auslegung von der Praxis unserer Gerichte bis in die neuere Zeit allgemein anerkannt. Sie findet auch in der Literatur immer wieder ihre Anhänger¹⁵. Die dargelegte rechtsgewährende Funktion spielt eben praktisch eine sehr große Rolle. Für die Anwendung von OR 628 auf den Fall der Kapitalerhöhung gewinnt die enge Interpretation besondere Bedeutung. Sie allein führt hier zu praktisch haltbaren Ergebnissen.

II. Der Gebotscharakter der Bestimmungen von OR 628

Die besonderen Bestimmungen für die Erbringung von Sacheinlagen, die Übernahme von Vermögenswerten und die Gewährung von besonderen Vorteilen ergingen ursprünglich in der Form von Novellen. Man hat es hier mit einem Stück Gelegenheitsgesetzgebung zu tun, mit einer Ergänzung zum Aktienrecht in seiner hergebrachten Form¹⁶. Anlaß zu dieser im Wege der Gesetzgebung eingeführten Neuerung gaben Schädigungen, die als Folge von schwindelhaften Gründungen und Kapitalerhöhungen bei Aktionären und Gläubigern, sowie bei der Gesellschaft selbst eintraten. Daraus ging als weitere unerwünschte Folge auch eine Beeinträchtigung des Kreditgeschäftes im allgemeinen hervor¹⁷. Den Bestimmungen kommt daher, genetisch gesehen, Schutzcharakter zu. Diese Schutzfunktion ist bis auf den heutigen Tag ihr vornehmlicher Zweck geblieben. Sie ergibt sich aus dem Gesetz auch so wie es heute zu uns spricht¹⁸. Daraus gewinnen diese Normen für ihre Adressaten Gebotscharakter. Diese Eigenschaft der Bestimmungen von OR 628 wird durch die im Gesetz aufgestellte besondere Haftung für ihre Verletzung besonders deutlich¹⁹.

In der neueren Literatur zum Aktienrecht und nach der bundesgerichtlichen Praxis wird diese Schutzfunktion besonders betont. Soll sie voll wirksam werden, so müssen die Bestimmungen über die quali-

¹⁵ Henggeler 24; O. Lehner SJZ 44, 153 Sparte 1; A. Wieland SJZ 45, 53ff.

¹⁶ Düringer-Hachenburg § 186, HGB, Anm. 4.

¹⁷ Nach Düringer-Hachenburg III 70 handelt es sich beim Erwerb einer Aktie «um ein Stück aus dem weiten Gebiete des Kredites».

¹⁸ Über objektive Gesetzesinterpretation vgl. BGE 56 II 74; Egger Art. 1 ZGB Anm. 15ff.; Tuor, 32.

¹⁹ Zur einseitigen Unverbindlichkeit der Maßnahmen, die gegen das Gesetz verstoßen, kommt noch eine besondere in OR 753 statuierte Verantwortlichkeit.

fizierte Gründung und über die qualifizierte Kapitalerhöhung extensiv interpretiert werden; denn die restriktive Interpretation vereitelt die Schutzfunktion in hohem Maße.

Nach BGE 59 II 450 ist, wie vorn 28 Anm. 7 ausgeführt wurde, diese extensive Interpretation nicht so zu handhaben, daß der Apportverschleierungsvertrag unter den Begriff der Sacheinlage oder der Sachübernahme gebracht wird²⁰.

Als Sacheinlagen und Sachübernahmen können doch nur Geschäfte in Frage kommen, die vor der Eintragung der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung in das Handelsregister vertraglich fest begründet sind. Zu den Sacheinlagen und Sachübernahmen in diesem Sinne ist der Apportverschleierungsvertrag nur als Fall von Umgehung in Beziehung zu setzen. Mit der extensiven Interpretation wollte damals das Bundesgericht nur die Möglichkeit nicht ausschließen, auch die verschleierte qualifizierte Gründung bzw. Kapitalerhöhung gegebenenfalls als unzulässige Unterdrückung der Schutzbestimmungen von OR 628 zu behandeln. Der Apportverschleierungsvertrag kann nicht eine Sacheinlage oder eine Sachübernahme begründen. Er kann aber gegen das Wesen der Gesetzesbestimmungen, die diese Institutionen regeln, in unzulässiger Weise verstoßen.

Das Wesen der Umgehung besteht nach Vetsch²¹ darin, daß sie zwar nicht direkt gegen die gesetzliche Bestimmung verstößt, wohl aber ihren Zweck vereitelt. Nun begegnet man im deutschen Schrifttum dem Einwand, Gebotsnormen könnten nicht umgangen werden; dies sei gar nicht denkbar²². Für die Auslösung der Folge, die die Gebotsnorm vorsehe, müsse der Tatbestand, den die Norm zum Inhalt hat, sich in allen Teilen erfüllt haben. Diesem Erfordernis könne eine Umgehung per definitionem nicht genügen.

Diese Anschauung ist überwunden worden²³. Auch Gebotsnormen können nicht nur den Tatbestand, den sie zum Inhalte haben, mißbilligen. Auch sie können sich gleich den Verbotsnormen gegen den Erfolg richten, zu dem die Verwirklichung dieses Tatbestandes führt. Aus dem Gebotscharakter der Bestimmungen von OR 628 erwächst

²⁰ In der unveröffentlichten Entscheidung vom 20. 2. 1944 hat das Bundesgericht allerdings den gegenteiligen Standpunkt eingenommen.

²¹ Vgl. das Zitat vorn 28.

²² K. Linckelmann, Archiv für bürgerliches Recht 7, 217 f.; Warneyer BGB § 134 I in fine.

²³ Vetsch 279, Oertmann BGB § 134 7 c.

darum kein Einwand gegen die Erfassung der Umgehung dieser Bestimmungen.

Der Zweck der Bestimmungen von OR 628 wäre nach der extensiven Interpretation wohl darin zu erblicken, daß Sachgründungen und Sachkapitalerhöhungen in den Statuten besonders erwähnt, und daß auch alle zusätzlichen Schutzbestimmungen des Gesetzes beobachtet werden. Was eine Sachgründung bzw. eine Sachkapitalerhöhung ist, würde sich nicht nur nach dem beurteilen, was die Beteiligten erklären, sondern auch auf Grund der bestehenden internen Abmachungen und auf Grund der bestehenden wirtschaftlichen Gesamtsituation.

Die Erfassung der Umgehungen von OR 628 erscheint als dogmatisch durchaus vertretbar²⁴. Es fragt sich aber, ob sie zu Recht erfolgt.

III. Die Beziehungen zwischen rechtsgewährender und gebietender Funktion

Es stellt sich nun die Frage, wie die rechtsgewährende Funktion der Normativbestimmungen von OR 628 mit ihrem Gebotscharakter in Einklang gebracht werden kann.

Wehrli²⁵ vertritt die Ansicht, der im Wege der Interpretation zu ermittelnde Sinn der Sachübernahmebestimmungen²⁶ könne nur, alternativ, entweder in der Gewährung einer erweiterten Vertretungsmacht, oder in der Auferlegung einer Rechtspflicht liegen. Es sei begrifflich ausgeschlossen, «anzunehmen, die Sachübernahmebestimmungen normieren eine Pflicht und eine Befugnis in einem». Dieser Autor entscheidet die Frage in dem Sinne, daß er den besagten Normen Gebotscharakter zuspricht und die rechtsgewährende Funktion als eine Bildung von Gewohnheitsrecht deutet.

Legt man umgekehrt im Sinne der von Wehrli postulierten Alternative den Bestimmungen von OR 628 rechtsgewährende Bedeutung zugrunde, so verstrickt man sich in den Widerspruch, daß Normadressaten für die Benützung einer von der Rechtsordnung ihnen gewährten Möglichkeit, privatrechtliche Verhältnisse in bestimmter Art und Weise zu ordnen, zur Verantwortung gezogen werden. Denn wenn z. B. beim Vorliegen von Sachübernahmen die Schutzvorschriften des Gesetzes nicht beobachtet werden, so haften die für diese

²⁴ A. M. A. Wieland 30.

²⁵ 43.

²⁶ Die Arbeit Wehrlis beschränkt sich in diesem Punkt auf die Untersuchung der Sachübernahmen.

Unterlassung verantwortlichen Personen nach OR 753 «sowohl der Gesellschaft als den einzelnen Aktionären für den Schaden». Daraus muß mit Wehrli 69 gefolgert werden, daß es ein Irrtum ist, in der rechtsgewährenden Bedeutung den eigentlichen Inhalt der Normativbestimmungen von OR 628 erkennen zu wollen.

Aber auch wenn man den Bestimmungen in erster Linie Gebotscharakter zuspricht, so darf man die festgestellten rechtsgewährenden Wirkungen nicht einfach ignorieren. Im Sinne einer funktionellen Rechtsbetrachtung²⁷ ist es jedoch nicht nötig, für die Entstehung der aus der rechtsgewährenden Funktion sich ergebenden Wirkungen auf das Gewohnheitsrecht als Quelle zu verweisen, wie Wehrli dies tut²⁹. Diese Wirkungen gründen sich auf die Norm selbst: sie sind der Norm inhärent. Die Annahme der Alternative von rechtsgewährendem oder gebietendem Inhalt der Normativbestimmungen entspricht darum nicht der Rechtswirklichkeit. Es ist davon auszugehen, daß die Bestimmungen von OR 628 sowohl rechtsgewährenden als auch gebietenden Inhaltes sind.

Daß die für die Gesellschaft, die Organe und die Aktionäre günstigen Wirkungen in der praktischen Rechtsanwendung mitunter in den Vordergrund gerückt werden, ist durch die Anschauungen und die Bedürfnisse des täglichen Lebens bedingt. Keine Norm ist dagegen gefeit, bei ihrer Ausgestaltung in der Praxis eine Prägung zu erfahren, die von der Vorstellung, die der Gesetzgeber über ihr Wesen hegte, mehr oder weniger abweicht. Das hängt mit der steten Weiterbildung des Rechtes zusammen und ist nicht zu mißbilligen. Selbst eine an Rechtsmißbrauch grenzende Handhabung kann im Sinne dieser Rechtsentwicklung liegen³⁰.

IV. Zusammenfassung

Der rechtspolitische Grund zur eingehenden Normierung der Tatbestände von OR 628 liegt im Bestreben, die Interessen von Gläubigern und Aktionären zu schützen. Der aus einer objektiven Interpretation sich ergebende Sinn der Normen ist ein doppelter: einerseits Gewährung der Möglichkeit zu einer besonderen rechtlichen Ausgestaltung der Kapitalerhöhung, andererseits Schutz gefährdeter Inter-

²⁷ Lautner, Kriegswirtschaftsrecht, Vorwort XIV.

²⁹ 103.

³⁰ Siegwart Einleitung 8 (Fehr in Festschrift für Wieland 1934, 70).

essen. Der Schutzzweck ist bei der Anwendung dieser Bestimmungen als leitender Gesichtspunkt zu berücksichtigen; denn nur unter dem Vorbehalt, daß dieser Schutz gegeben ist, gewährt die Rechtsordnung jene Befugnis. Doch darf auch die rechtsgewährende Funktion nicht außer Acht gelassen werden, steht sie doch im Dienste gewichtiger Interessen. Darum kann der Schutz nicht uneingeschränkt gewährt werden. Das ist dadurch zu erreichen, daß man den Geltungsbereich der Sacheinlage, Sachübernahme und des besonderen Vorteils enger faßt.

OR 628 ist zwingendes Recht. Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile müssen, wenn sie begründet werden, in den Statuten erwähnt werden. Wird diese Pflicht nicht erfüllt, so greifen die besonderen Haftungsbestimmungen von OR 753 Platz. Was Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile sind, beurteilt sich nach dem objektiven Recht. Es ist den Beteiligten freigestellt, ob sie diese Tatbestände begründen wollen. Tun sie es aber, so müssen die Vorschriften des Gesetzes beachtet werden; die vorgeschriebenen Formalien müssen eingehalten werden. Hierbei handelt es sich um eine eigentliche Pflicht, und nicht etwa nur um eine Obliegenheit, die von den Privaten eingehalten werden kann oder nicht, je nachdem ob sie für sich, für die Aktionäre und für die Gesellschaft bestimmte Vorteile zu sichern wünschen³¹.

Das objektive Recht wird aber nicht nur durch den historischen Gesetzgeber geschaffen. Auch stellt das Verordnungsrecht (Hreg. V Art. 81) keine authentische Interpretation des kodifizierten Privatrechtes dar. Die praktische Handhabung des Rechtes verleiht ihm erst seine endgültige Form. In der Praxis unserer freiheitlichen Rechtsordnung ist man ängstlicher Reglementiersucht abhold. Schutzvorschriften, die die Privatautonomie beschränken, sollen auf ein tragbares Maß reduziert werden. Die Eindeutigkeit und Berechenbarkeit des Rechtes müssen gefördert werden.

Die einseitige Betonung des Gebotscharakters von OR 628 liegt darum nicht im Sinne und Geiste unseres Rechtes. Sie führt zu einer übertriebenen extensiven Auslegung vor allem der Bestimmungen über die Sachübernahme.

³¹ Diese Rechtsfigur gibt es z. B. im Versicherungsrecht, wo dem Versicherungsnehmer neben der Prämienleistungspflicht noch andere Obliegenheiten, wie Erstatte von Anzeigen usw. angegeben sind, sofern er sich die Erbringung der Versicherungsleistung sichern will. Tuor 715.

Grundsätzlich kann man darum nur von der restriktiven Interpretation von OR 628 ausgehen: Den Privaten steht die freie Wahl zu, eine formgerechte oder eine verschleierte qualifizierte Kapitalerhöhung vorzunehmen.

Aber auch die Ergebnisse einer rein restriktiven Interpretation können nach der Meinung vieler nicht in jedem Fall befriedigen. Es macht sich immer wieder das Bedürfnis geltend, in Fällen schwindelhafter Gründungen und Kapitalerhöhungen durch weiterreichende Auslegung von Begriff und Wesen der Sachliberierung Verschleierungsmaßnahmen als widerrechtlich zu bezeichnen. Im deutschen und französischen Recht operiert man von jeher mit den Grundsätzen der *Simulation*³², im neueren schweizerischen Rechte mit der Erfassung der Umgehungen und mit der Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen.

Auf diese Korrekturen am Ergebnis der restriktiven Interpretation kann man aber unseres Erachtens verzichten. Die Sanktionen des Gesetzes für die Barerhöhung und die Verantwortlichkeitsbestimmungen für das Verhalten der Organe der Gesellschaft stellen einen hinlänglichen Schutz der gefährdeten Interessen dar.

§ 7. Die Sachkapitalerhöhung

I. Das Verhältnis zwischen Sacheinlagen und Sachübernahme

A. Im Allgemeinen

Die Sachübernahmen bergen die gleiche Gefährdung der Aktionär- und Gläubigerinteressen in sich wie die Sacheinlagen. Auch sie begründen eine Sachkapitalerhöhung¹: Das neue Kapital ist im voraus zur Investierung in festen Vermögenswerten, deren Erwerb die Gesellschaft bereits beschlossen hat, bestimmt. Das ist der allgemein anerkannte Grund, warum der Gesetzgeber Sacheinlagen und Sachübernahmen gleich behandelt hat. Diesen Zusammenhang muß man immer im Auge behalten. Die Sachübernahmebestimmungen können

³² Vgl. hinten 55 ff.

¹ Vgl. vorn 30 f.

nur als Ergänzung der Sacheinlagebestimmungen richtig gewürdigt werden.

Von den Sacheinlagen unterscheiden sich die Sachübernahmen dadurch, daß hier die Gegenleistung der Gesellschaft nicht in Aktien, sondern in Leistungen anderen Inhaltes besteht. Die übernommenen Vermögenswerte werden bei den Sachübernahmen auf das Grundkapital nicht angerechnet. Sie verschaffen der Person, die die Sache der Gesellschaft übergibt, keine Mitgliedschaftsrechte, sondern nur Gläubigerrechte. Besteht die Abfindung für Vermögenswerte, die der Gesellschaft übereignet werden, zum Teil in Aktien, zum Teile in Leistungsgegenständen anderer Art, so liegt eine Kombination von Sacheinlage und Sachübernahme vor².

Aus dieser Gegenüberstellung ergeben sich die folgenden zwei Requisite zur Unterscheidung von Sacheinlage und Sachübernahme.

aa) Es gehört zum Wesen der Sacheinlage, daß *Identität* besteht zwischen der Person, die die Sache in die Gesellschaft einlegt, und der Person, welche die auf diese Einlage entfallenden Aktien zeichnet. Siegwart Art. 628 N 8 bestreitet die Notwendigkeit dieses Erfordernisses im Hinblick auf die bei der Einlegung des Vermögens einer stillen Gesellschaft oder einer Kollektivgesellschaft gegebenen besonderen Verhältnisse. Geilinger 73 nimmt dazu in folgender Weise Stellung: «Mit der Sacheinlage erfolgt immer der Erwerb der Mitgliedschaft; in der Regel wird der Einleger selbst Aktionär, gemäß besonderer Vereinbarung kann die Mitgliedschaft auch einem Dritten zukommen, der gegen den Eigentümer der einzulegenden Sachen einen bestimmten schuldrechtlichen Anspruch besitzt, z.B. als stiller Gesellschafter im Verhältnis zum einlegenden Außengesellschafter.» Noch weitergehend, hält Karl Wieland II 67 eine Sacheinlage auch dann für gegeben, wenn eine Barzeichnung vorgenommen wird mit anschließendem Verkauf des Illationsgegenstandes unter Verrechnung des Kaufpreises mit der Liberierungsschuld³.

Im Gegensatz zu der mehr materiell orientierten Betrachtungsweise der bisher zitierten Autoren umschreibt Wehrli auf Seite 16 das hier behandelte Wesensmerkmal der Sacheinlage, indem er ausführt: «Von einer Gründung mit Sacheinlagen kann aber nur dann die Rede

² Siegwart Art. 628 N 7.

³ Diese Umschreibung des Begriffes der Sacheinlage ist im deutschen Recht herrschend.

sein, wenn die Sachleistung zu dem Zwecke geschieht, originäre Aktienrechte zu erwerben»⁴.

Unseres Erachtens kann man sich ausschließlich an die formellen Gegebenheiten halten ohne Berücksichtigung der materiellen Verhältnisse.

Das schweizerische Gesetzesrecht legt diese Betrachtungsweise nahe, weil es Sacheinlagen und Sachübernahmen durchaus gleich behandelt. Insbesondere werden bei uns im Gegensatz zu Deutschland Sacheinlagen und Sachübernahmen auch im Falle der Kapitalerhöhung einander absolut gleichgestellt.

Diese formalistische Betrachtungsweise ergibt auch eine völlige Übereinstimmung mit dem von Lehre und Praxis in der Behandlung des Strohmannertums bei der Aktiengesellschaft allgemein eingenommenen Standpunkt: Wer eine Aktie zeichnet, haftet als Aktionär für die sich daraus ergebenden Pflichten, auch wenn er nur Strohmann ist⁵. Wollte man nur die materielle Sachlage berücksichtigen, so käme man leicht zum Schlusse, es müsse vor allem der dissimulierte Apporant für die Liberierung aufkommen, nicht der Zeichner.

Wenn der Tatbestand so liegt, daß als Aktienzeichner ein Dritter auftritt, oder daß die Sache von einem Dritten an die Gesellschaft übertragen wird, ist demnach keine Sacheinlage mehr anzunehmen. Es liegt eine Barzeichnung, verbunden mit einer Sachübernahme, vor. Es kommt nicht darauf an, ob nach dem eigentlichen Geschäftswillen der Parteien, oder nach dem wirtschaftlichen Sachverhalt, der Effekt einer Sacheinlage angestrebt ist.

Die Identität von Zeichner und Inferent bestimmt sich rein formal. Nur wenn der Inferent zugleich «Erstaktionär»⁵ ist, erbringt er eine Sacheinlage. Tritt ein Mittelsmann auf, so nimmt die Sachkapitalerhöhung die Form der Sachübernahme an.

bb) Wie OR 628 II zu entnehmen ist, kann eine Sachübernahme auch zwischen einem zeichnenden Aktionär und der Gesellschaft vereinbart werden. Ob der Aktionär im Einzelfall eine Sacheinlage erbracht, oder Vermögenswerte im Rahmen eines Sachübernahmengeschäftes an die Gesellschaft übertragen hat, ist zu entscheiden, je nachdem ob der Wert des übertragenden Gegenstandes auf die Liberierungsschuld *angerechnet* wird oder nicht. Erfolgt eine Anrech-

⁴ Gleicher Meinung Schultheß 15.

⁵ Siegwart Art. 628 N 7.

nung, so liegt eine Sacheinlage vor; andernfalls ist eine Sachübernahme gegeben⁶.

B. Die frei gewählte Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen

Die Bestimmungen über die Sachübernahme sollen die naheliegendste Methode zur Umgehung der Sacheinlagebestimmungen ausschalten⁷. Auch eine indirekte Anrechnung des Wertes des Illationsgegenstandes auf die Liberierungsschuld soll durch Schutzbestimmungen erfaßt werden. Insofern decken sich die beiden Institute in ihrem Zweck. Ihre Geltungsbereiche ergänzen sich. Unter diesen Voraussetzungen involviert eine Umgehung der Sachübernahmebestimmungen zugleich eine indirekte Umgehung der Sachübernahmenvorschriften.

Der Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmungen reicht jedoch noch weiter⁸. Denn es können irgendwelche Erwerbsgeschäfte, die die Gesellschaft im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung vornimmt, in die Form der Sachübernahme gekleidet werden, ohne daß diese Geschäfte an sich die Gefahren einer Nichtbarerhöhung in sich bergen würden. Hier handelt es sich um die frei gewählte Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen. Hinsichtlich dieser Geschäfte besteht keine Rechtspflicht zur Einhaltung der Schutzbestimmungen. Illegale Umgehungen sind hier nicht denkbar.

C. Die notwendige Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen

Bei der Gründung erfährt der Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmungen noch folgende notwendige Erweiterung: Wenn ein Geschäft keine Sacheinlage darstellt und auch nicht nach OR 645⁹

⁶ Vgl. hinten 79.

⁷ Schultheß 48.

⁸ Wehrli 6f. 15; A. Wieland, SJZ 45, 54 Sparte 1.

⁹ OR 645 lautet: Ist vor der Eintragung in das Handelsregister im Namen der Gesellschaft gehandelt worden, so haften die Handelnden persönlich und solidarisch.

Wurden solche Verpflichtungen ausdrücklich im Namen der zu bildenden Gesellschaft eingegangen und innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Eintragung in das Handelsregister von der Gesellschaft übernommen, so werden die Handelnden befreit, und es haftet nur die Gesellschaft.

zu behandeln ist, so muß es hier als Sachübernahme betrachtet werden. Es wird nicht darauf geachtet, ob das Geschäft eine indirekte Anrechnung des Wertes eines bestimmten Gegenstandes auf die Liberierungsschuld überhaupt zur Folge haben könnte. Streitig ist nur die Frage, ob den Gründern Wahlfreiheit zwischen den beiden Möglichkeiten die in OR 628 und 645 vorgesehen sind, zusteht. Nach der restriktiven Interpretation von OR 628 besteht diese Freiheit^{9a}, nach der extensiven Interpretation nicht^{9b}.

Bei der Kapitalerhöhung verhalten sich die Dinge anders. Hier sind die Voraussetzungen für die analoge Anwendung von OR 645 nicht gegeben. Die Gesellschaft ist auch während des Stadiums der Kapitalerhöhung rechts- und handlungsfähig. Es können durch ihre Organe in freier Weise Geschäfte begründet werden, die die Gesellschaft direkt berechtigen und verpflichten. Die Sachübernahme ist hier darum nicht gegenüber den Geschäften, die sich nach OR 645 richten, abzugrenzen, sondern gegenüber den Geschäften der ordentlichen Betriebsführung.

Der Kreis dieser Geschäfte ist im Vergleich zu demjenigen der Geschäfte nach OR 645 stark erweitert. Diese Erweiterung besteht nicht nur dem Umfange nach, sondern auch mit Rücksicht auf die Bedeutung der Geschäfte.

Die Geschäftsführungskompetenz der Verwaltung reicht viel weiter als die Zuständigkeit der Gründer. Die notwendige Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen kann bei der Kapitalerhöhung nicht bestehen. Dafür gibt es folgende Gründe:

1. Schon aus dem allgemeinen Gesichtspunkt, daß eine juristische Person, die bereits längere Zeit bestanden hat, weniger schutzbedürftig ist als ein Gebilde, das das Recht der Persönlichkeit noch nicht erlangt hat¹⁰, kann man den Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmungen bei der Kapitalerhöhung gegenüber dem Fall der Gründung einengen.

2. Des weiteren rechtfertigt es sich auch, gegenüber den festgewählten Organen, die bei der Kapitalerhöhung tätig sind, weniger mißtrauisch zu sein, als gegenüber dem weniger leicht erfaßbaren Kreis

^{9a} A. Wieland, SJZ 45, 52 Sparte 2. In seiner neuesten Publikation modifiziert A. Wieland 18 ff. seinen früher eingenommenen Standpunkt (18 ff.).

^{9b} Vgl. hinten 58 ff.

¹⁰ De Felice führt auf S. 201a aus, die zu gründende Gesellschaft müsse sozusagen als Mündel gegen die Gründer, ihre Vormünder, geschützt werden.

der Gründer, die noch im Entstehungsstadium der Gesellschaft für diese Verpflichtungen eingehen. Wohl kann es auch im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung zu Änderungen in der personellen Zusammenstellung der Organe kommen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn die Kapitalerhöhung zu dem Zwecke vorgenommen wird, ein fremdes Unternehmen der Gesellschaft anzugliedern. Hier werden etwa die Leiter des zu übernehmenden Betriebes zu Mitgliedern der Verwaltung, der Kontrollstelle oder der Direktion gewählt. Eine allgemeine Neuwahl für die Besetzung der Organe tritt jedoch bei der Kapitalerhöhung nicht ein. Daß die Gründer auch in den ersten Verwaltungsrat der Gesellschaft gewählt werden, ist weniger sicher. Auf alle Fälle kommt es bei der Gründung notwendigerweise zu einer Wahl aller Organe der Gesellschaft. Das Strohmännertum ist vor allen bei der Gründung anzutreffen. Darum erfährt auch die Gründerhaftung nach OR 753 gegenüber der Organhaftung nach OR 754 mit Recht eine Ausdehnung: Die Haftungsnorm von OR 753 gestattet, auch Hintermänner zu erfassen¹¹.

3. Läßt man ferner die notwendige Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen auch bei der Kapitalerhöhung Platz greifen, so müssen viel zu viele Erwerbsgeschäfte, die während des Stadiums der Kapitalerhöhung für die Gesellschaft zum Abschluß gelangen, als Sachübernahmen behandelt werden. Das gilt dann nicht nur für jene Geschäfte, die eine vorsorgliche Verwaltung im Hinblick auf die Kapitalerhöhung abschließen, sondern auch für Geschäfte, die an sich mit der Kapitalerhöhung nichts zu tun haben, wohl aber während der Zeit der Kapitalerhöhung getätigt werden.

4. Im deutschen Recht stellt denn auch die Sachübernahme bei der Kapitalerhöhung keinen Qualifikationstatbestand mehr dar. Hier werden jedoch Begriff und Wesen der Sacheinlage etwas weiter gefaßt. Insbesondere gelten nach deutschem Recht auch die Aufrechnungen von Forderungen an die Gesellschaft mit der Liberierungsforderung als Sacheinlagen¹²; ferner auch die Verrechnung der Liberierungsforderung mit der Kaufpreisforderung aus einem Übereignungs-

¹¹ Siegart Art. 628 N 18.

Damit soll nicht der Frage vorgegriffen werden, welche Bedeutung die Haftungsbestimmungen von OR 753 für die Kapitalerhöhung haben können. Vgl. dazu hinten 133 ff.

¹² Vgl. hinten 47.

geschäft, das im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung getätigt wird¹³.

Im Ergebnis kann die Sachkapitalerhöhung im schweizerischen Recht nicht viel anders als im deutschen behandelt werden. Daß die Sachübernahmebestimmungen auch für den Fall der Kapitalerhöhung anwendbar erklärt wurden, ist nach einer Vermutung Wehrli (67) mehr dem Zufall zuzuschreiben. Es ist auch zu beachten, daß das französische Recht die Institution der Sachübernahme nicht einmal für die Gründung kennt, geschweige denn für die Kapitalerhöhung. Unsere positivrechtliche Regelung kann nur dann aufrecht erhalten bleiben, wenn man Begriff und Wesen der Sacheinlage so eng faßt, wie vorn 42 dargelegt wurde. Dann kann man wenigstens die Grenztatbestände nach den soeben angeführten Beispielen aus dem deutschen Recht als Fälle von Sachübernahme behandeln.

Der Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmung bei der Kapitalerhöhung muß auf die Fälle einer offenen indirekten Anrechnung von Sachwerten auf die Liberierungsschuld beschränkt werden. Die früher als «notwendig» gekennzeichnete Erweiterung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmungen fällt bei der Kapitalerhöhung dahin: von der «frei gewählten» Erweiterung kann jedoch, wie bei der Gründung, nach Belieben Gebrauch gemacht werden¹⁴.

II. Der Gegenstand der Sacheinlage

Nach der Begriffsbestimmung der Sacheinlage darf der Gegenstand der Sacheinlage nicht in Bargeld bestehen. Dieses Merkmal begründet den einzigen begrifflichen Unterschied zwischen Bareinlage und Sacheinlage. Beide Arten von Einlagen sind im übrigen wesensgleich¹⁵.

Alle Umgehungen der qualifizierten Kapitalerhöhung zielen letzten Endes nur auf die formale Ersetzung der Sacheinlage durch eine Bareinlage hin. Die Täuschung im Leistungsgegenstand stellt den unmittelbaren Weg dar, die Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung zu unterdrücken.

¹³ Vgl. das Zitat von K. Wieland vorn 41.

¹⁴ Die Gründe, die die hier gewählte einschränkende Fassung von Begriff und Wesen der Sachkapitalerhöhung rechtfertigen, legen auch eine zurückhaltende Beurteilung der Umgehungen der Sacheinlage- und Sachübernahmebestimmungen nahe. (Vgl. hinten 60 ff.)

¹⁵ Siegart Art. 628 N 9; Schultheß S. 10.

Zum Unterschied von Bareinlage und Sacheinlage¹⁶ läßt sich dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen, daß eine Sacheinlage dann gegeben ist, wenn «die Einlage nicht durch Einzahlung» geleistet wird. Zahlung als Bezeichnung der Art der Leistung hat «im genauen Sprachgebrauch» die Bedeutung von Geldleistung¹⁷. Bareinlage bedeutet demnach, daß das Grundkapital im Wege einer Geldleistung aufgebracht wird, Sacheinlage, daß dies durch Leistungen anderen Inhaltes geschieht.

Wie Bargeld werden nach schweizerischem Recht auch die im allgemeinen Geschäftsverkehr als Bargeldsurrogate verwendeten Zahlungsmittel behandelt¹⁸.

Auch im Vorgang der Verrechnung der Liberierungsforderung mit Gegenforderungen an die Gesellschaft wird allgemein eine Barliberierung erblickt¹⁹. Die Verrechnung ist zulässig²⁰. Sie spielt im Falle der Kapitalerhöhung eine größere Rolle als in dem der Gründung, weil aus dem Bestehen der Gesellschaft vor der Kapitalerhöhung mehr Verbindlichkeiten resultieren können, als aus dem bloßen Gründungsgeschäft.

Die Zulässigkeit der Verrechnung wurde schon unter der Herrschaft des alten Obligationenrechtes größtenteils anerkannt. Sie wurde besonders auch von Egger vertreten²¹. Auf dem gleichen Boden steht die Arbeit von Syz²². Ganz im Gegensatz dazu findet sich im deutschen Recht § 60 AG ein Verbot der Verrechnung. Dieses Verbot hat jedoch, wie Schmid ausführt²³, lediglich die Bedeutung, dem Aktionär die Möglichkeit zu nehmen, einseitig die Verrechnung zu erklären. Hingegen ist eine vertragliche Verrechnung zwischen der Gesellschaft und dem Aktionär auch hier zulässig²⁴. In einem solchen Verrechnungsfall wird jedoch im deutschen Recht eine Sacheinlage erblickt. Schlegel-

¹⁶ Wettstein 46 ff.

¹⁷ v. Thur II 437.

¹⁸ Wettstein 46 ff.

¹⁹ Die gegenteilige Meinung wird im schweizerischen Recht von Böhler vertreten. Sie herrscht jedoch im deutschen Rechte vor; vgl. dazu hinten 45.

²⁰ A. M. Schmid 37.

²¹ SJZ 21, 348 Sparte 2.

²² Vgl. Literaturverzeichnis X.

²³ 3 Anm. 5.

²⁴ Bei der «bedingten Kapitalerhöhung» des deutschen Rechtes, wo Schuldverschreibungen gegen Aktien hingegeben werden, findet dieses Vorgehen sogar eine gesetzliche Regelung; vgl. dazu Schmid 87.

berger führt dazu aus: «Eine Verrechnung macht die Einlage stets zur Sacheinlage»²⁵.

Die Gegenüberstellung von schweizerischem und deutschem Recht führt zur Frage, ob die Verrechnung Bargeldsurrogat oder Sacheinlage ist. Diese Frage kann nicht alternativ in eindeutiger Weise beantwortet werden. Wir gehen im folgenden vom Standpunkt des schweizerischen Rechtes aus. Darnach ist die Verrechnung gestattet und ersetzt eine Bareinlage.

Nun kommt es praktisch sehr häufig vor, daß die Verrechnung auch in einem Tatbestand vorgenommen wird, der nichts anderes als eine verschleierte Apportkapitalerhöhung darstellt. In einem solchen Fall kann die Verrechnung dann fehlerhaft sein, wenn die verschleierte Apportkapitalerhöhung als widerrechtlich zu bezeichnen ist.

So entspringt es eigentlich einer unzutreffenden Betrachtungsweise, im *Vorgang* der Verrechnung ein *Bargeldsurrogat* zu erblicken. Richtigerweise muß die Verrechnung mit dem Geschäft, aus dem die Verrechnungsforderung hervorgegangen ist, in Zusammenhang gebracht werden, und dieses Rechtsgeschäft ist dann zur Liberierungsschuld in Beziehung zu setzen. Besteht eine innere Beziehung zwischen der Begründung der Verrechnungsforderung und der Maßnahme der Kapitalerhöhung, so ist der Verrechnungstatbestand als Teil einer Umgehung der Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung näher zu betrachten. Andernfalls handelt es sich um einen Fall von Barliberierung.

Vorausgesetzt, daß es sich um die Verrechnung eines größeren Betrages handelt, so kommt es für die Beurteilung dieser inneren Beziehung nur noch auf den Zeitpunkt an, in dem das Übereignungsgeschäft begründet wurde. Die durch Schaffung des Verrechnungstatbestandes der Handelsregisterverordnung begründeten Umgehungen stellen darum Umgehungen hinsichtlich des Zeitpunktes des Vertragschlusses dar. Sie sind bei der Behandlung dieser zuletzt genannten Umgehungen näher zu betrachten.

²⁵ Schlegelberger-Quassowski 171.

Auf S. 708 o.c. heißt es weiter: Die Verrechnungsabrede ist Voraussetzung dafür, daß die Forderung an die Gesellschaft als Einlage behandelt wird. Andernfalls entsteht eine Verpflichtung zur Barliberierung. Diese Bareinlage kann dann nicht durch nachträgliche Verrechnungsvereinbarung zu einer Sacheinlage gemacht werden.

III. Der Zeitpunkt der Begründung des Illationsvertrages

Da die Sacheinlage auf das durch die Kapitalerhöhung neu zu schaffende Kapital erbracht werden soll, muß der Sacheinlagevertrag spätestens im Zeitpunkt, in dem die Kapitalerhöhung perfekt wird, begründet werden.

Nicht nur die Sacheinlagevorschriften, sondern auch die Sachübernahmevorschriften und die Bestimmungen über die Gewährung besonderer Vorteile werden am häufigsten dadurch umgangen, daß man die Übereignung des Illationsgegenstandes, beziehungsweise die Zuwendung des besonderen Vorteils, zeitlich nicht mit der Kapitalerhöhung zugleich vornimmt. Insofern es sich hierbei um Umgehungen der Sacheinlage- und der Sachübernahmebestimmungen handelt, betrachten wir diese Tatbestände hier gesamthaft. Bei der rechtlichen Beurteilung des konkreten Tatbestandes kann dann immer noch, um der verschiedenen Rechtsnatur der zwei Maßnahmen Rechnung tragen zu können, zwischen Sacheinlagen und Sachübernahmen unterschieden werden.

Diese besonders auch von Siegwart gewählte gesamthafte Betrachtung der verschleierten Sachgründung und Sachkapitalerhöhung² wird von A. Wieland abgelehnt³. Die Betrachtungsweise von Siegwart erscheint richtiger, weil sie dem Umstand Rechnung trägt, daß die Sachübernahme entwicklungsgeschichtlich einen Ergänzungstatbestand der Sacheinlage darstellt⁴.

Unter dem Gesichtspunkt des Zeitmomentes lassen sich phänomenologisch zwei Arten von Umgehungsmaßnahmen feststellen, die im folgenden je zu einer Gruppe zusammengefaßt werden. Zur ersten Gruppe gehören jene Maßnahmen, bei denen der dissimulierte Illationsgegenstand *nach* der Kapitalerhöhung an die Gesellschaft übertragen wird, zur zweiten jene, bei denen diese Übetragung schon *vor* der Kapitalerhöhung stattfindet.

¹ Vgl. im übrigen die Ausführungen über das Verhältnis von Sacheinlage und Sachübernahme vorn 36, sowie die Darlegung der Beziehungen, die zwischen diesen zwei Institutionen und der Gewährung von besonderen Vorteilen bestehen hinten 85.

² Art. 628 N 20 ff., N 53.

³ 21.

⁴ Vgl. vorn 40.

A. Das Umgehungsgeschäft wird nach der Kapitalerhöhung begründet

1. Ausführungen zum Tatbestand

a) Die Analogie zur «Nachgründung»

Im einzelnen handelt es sich um folgenden Tatbestand: Der dissimulierte Sacheinleger zeichnet die Aktien als Baraktien. Er und die Organe der Gesellschaft verständigen sich zugleich, die einzulegende Sache solle nach erfolgter Kapitalerhöhung im Wege eines Veräußerungsgeschäftes⁵ an die Gesellschaft übereignet werden. Nach Abschluß dieses individualrechtlichen Geschäftes wird die Kaufpreisforderung, insoweit die Liberierungsforderung nicht durch Teilzahlungen (Mindestliberierung) erfüllt worden ist, mit der Liberierungsforderung verrechnet. Was an die Gesellschaft bereits einbezahlt wurde, wird an den Inferenten zurückerstattet.

Hinter dieser Verschleierung kann auch eine Sachübernahme stecken. Das ist der Fall, wenn ein Dritter als Strohmann die neuen Aktien zeichnet, oder wenn die Sache von einem Dritten an die Gesellschaft übertragen wird. Unter diesen Umständen sind nämlich Zeichner und Inferent nicht mehr identisch. Die Kaufpreisforderung kann dann nicht mehr auf die Liberierungsschuld des Aktienzeichners angerechnet werden. Es liegt eine verdeckte Sachübernahme und nicht mehr eine verdeckte Sacheinlage vor⁶.

Bei der Sacheinlage kann im Gegensatz zur Sachübernahme die Übereignung der Sache, die in das Gesellschaftsvermögen eingebracht werden soll, auch losgelöst von irgendwelchem selbständigen Veräußerungsgeschäft erfolgen. Die Hingabe des Vermögenswertes erfolgt nicht im Wege eines Verkaufes, sondern rein nur auf Grund interner Abmachungen der Beteiligten. Die Übertragung erfolgt rein tatsächlich⁷. Der Inferent erlangt so keine Forderung an die Gesellschaft. Darum kann er auch keine Verrechnung vornehmen. Das Geld, das zur Vortäuschung einer Barliberierung über die Depositenstelle an die Gesellschaft gelangte, wird an den Inferenten oder an den Borger einfach zurückerstattet. Diese an sich denkbare Gestaltung der Verschleierung der Sachkapitalerhöhung kommt praktisch kaum

⁵ Schultheß 7 bezeichnet diesen individualrechtlichen Vertrag als «Apportverschleierungsvertrag».

⁶ Vgl. vorn 40 ff.

⁷ A. Wieland 32.

vor. Die Beteiligten stellen sich dabei in offenkundiger Weise auf den Boden der Illegalität. Sie können nicht einmal geltend machen, die Übereignung des Vermögenswertes sei als Maßnahme der ordentlichen Geschäftsführung vor sich gegangen.

Das Ergebnis dieser verschiedenen Kombinationen ist, wirtschaftlich gesehen, immer dasselbe, wie im Falle einer regelmäßig vollzogenen Sacheinlage oder Sachübernahme: Es wird in unmittelbarem Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung ein neues Sachvermögen der Gesellschaft begründet.

Diese Umgehungen stellen eine Transponierung des Tatbestandes der Nachgründung auf den Fall der Kapitalerhöhung dar. Mit der Bezeichnung «Nachgründung» charakterisiert man im schweizerischen Recht jene Umgehungen der Gründungsbestimmungen, wo der dissimulierte Illationsgegenstand erst nach Abschluß des formellen Gründungsgeschäftes der Gesellschaft übereignet wird. Die Einlegung erfolgt dann, obwohl als ein Bestandteil der Gründung gedacht, nicht mehr im Rahmen der Gründungsmaßnahmen, sondern als Vorkehr des ordentlichen Geschäftsverkehrs der Gesellschaft⁸.

In genau entsprechender Weise gelangt auch im Wege der oben dargelegten Maßnahmen der Illationsgegenstand nicht im Rahmen des formellen Vorganges der Kapitalerhöhung an die Gesellschaft, sondern erst in der Zeit nachher. Auch in diesem Falle erscheint die Einlegung als Maßnahme des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes. Sie stellt jedoch auch hier einen integrierenden Bestandteil der Kapitalerhöhung, so wie sie von der Gesellschaft und den Apportanten gewollt war, dar. Man hat es auch hier mit einer Umgehung von OR 628 zu tun.

b) Der maßgebliche Zeitpunkt

Wie bereits auf S. 49 ausgeführt wurde, stellt der Zeitpunkt, in dem die Kapitalerhöhung formell als abgeschlossen gilt, ein wesentliches Kriterium für das Vorliegen einer Verletzung bzw. Umgehung von OR 628 dar. Wird das Geschäft vor diesem bestimmten Zeitpunkt abgeschlossen, so begründet es, wenn die Normativbestimmungen nicht beachtet werden, eine liquide Verletzung derselben. Gelangt es erst nach diesem Zeitpunkt zur Entstehung, so läßt es sich nur unter

⁸ Guhl II 282.

Im deutschen Recht stellt die Nachgründung ein Institut des positiven Gesetzesrechtes (AG § 45) dar.

dem Gesichtspunkte der Gesetzesumgehung zu den Normativbestimmungen in Beziehung bringen. Es erhebt sich dann die weitere Frage, ob die Umgehung legal oder illegal ist.

Für die Gründung hat das Bundesgericht in der Entscheidung 59 II 446 ff. das Datum der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister als maßgeblich erklärt. Es wurde damit eine Änderung der Rechtsprechung vorgenommen. Früher⁹ hatte sich nämlich das Bundesgericht auf den Standpunkt gestellt, schon der Abschluß eines Übernahmevertrages nach der konstituierenden Generalversammlung, jedoch vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, stelle einen Sachverhalt dar, der nicht mehr unter die Gründungsbestimmungen zu subsummieren sei.

Eine analoge Anwendung dieser Rechtsprechung auf den Fall der Kapitalerhöhung ergibt, daß die Sacheinlage- bzw. die Sachübernahmebestimmungen für alle Erwerbsgeschäfte der Gesellschaft zu beachten sind, die bis zur Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister abgeschlossen werden¹⁰.

Für diesen durch Analogieschluß gewonnenen Satz darf jedoch nicht die Begründung des Bundesgerichtes maßgeblich sein. Denn das Bundesgericht führt aus: bei der Gründung müsse auf den Zeitpunkt der Registereintragung abgestellt werden, weil individualrechtliche Geschäfte für die noch nicht rechts- und handlungsfähige Gesellschaft, vorausgesetzt, daß sie nicht nach Art. 645 OR zu behandeln seien, nur unter Beachtung von OR 628 gültig eingegangen werden können¹¹. Das Recht der Persönlichkeit erlange die Gesellschaft jedoch erst mit der Eintragung in das Handelsregister. – Bei der Kapitalerhöhung verhalten sich die Dinge anders. Die zuständigen Organe der Gesellschaft begründen ohne weiteres Rechte und Pflichten für die Gesellschaft auch in der Zeit der Kapitalerhöhung. Die Aktiengesellschaft steht fortdauernd im Genuß ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit als juristische Person. Darum ist es möglich, auch während dieser Zeit individualrechtliche Geschäfte für die Gesellschaft «gültig» abzuschließen.

⁹ BGE 58 II 156.

¹⁰ Vorauszusetzen ist dabei allerdings, daß diese Geschäfte auch im übrigen den Erfordernissen einer Sacheinlage bzw. Sachübernahme genügen, vgl. dazu vorn 40 ff.

¹¹ Die Bundesgerichtsentscheidung zitiert die entsprechenden Bestimmungen des alten Obligationenrechtes (aOR 623 und 619).

Der Analogieschluß kann aber doch mit Recht gezogen werden¹²; denn die Annahme eines anderen Zeitpunktes (Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses, Fassung des Feststellungsbeschlusses) erweist sich als willkürlich. Es soll das gesamte Stadium der Erhöhung ins Auge gefaßt werden. Dieses geht zu Ende mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister; denn von da an wird die Kapitalerhöhung auch nach außen wirksam¹³.

2. Die Auslegung und Anwendung von OR 628

a) Die Bedeutung von OR 633

Unter der Herrschaft des alten OR war eine Verschleierung der Apportkapitalerhöhung besonders leicht möglich. Zwar bestand schon damals das Erfordernis einer öffentlichen Verurkundung der Tatsache, daß der gesetzliche Mindestbetrag oder ein statutarisch vorgesehener höherer Betrag auf das neue Kapital einbezahlt worden sei. Die Urkundsperson mußte sich aber damit begnügen, wenn zum Beweis dafür anläßlich der Fassung des Feststellungsbeschlusses entweder das Geld der Gesellschaft tatsächlich übertragen wurde, oder wenn die Bescheinigung irgendeines Bankinstitutes vorgelegt wurde, die feststellte, daß der erforderliche Betrag auf Rechnung der Gesellschaft bei der Bank einbezahlt worden sei. Nach der Generalversammlung wurde dann sogleich das Geld an die dissimulierten Inferenten oder an die Borger zurückerstattet. Die Liberierung erfolgte effektiv mit Sachwerten, nicht mit Geld¹⁴.

Um diese Form der verschleierte Liberierung der Aktien mit Apporten zu verhindern, wurde in Art. 633 rev. OR bestimmt, der Mindestliberierungsbetrag müsse «bei einer von den Kantonen bezeichneten Depositenstelle» auf den Namen der Gesellschaft hinterlegt werden. Die Aushändigung des Betrages an die Gesellschaft dürfte erst nach Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister erfolgen. Gegenstand der Verurkundung bildet nach neuem Recht die Bestätigung der Depositenstelle und nicht mehr der Ausweis

¹² Gl. M. Geilinger 85.

¹³ Schmid 67

Es handelt sich hierbei um eine Ausnahme von dem in OR 932 enthaltenen Prinzip, wonach die Wirksamkeit von Eintragungen im Handelsregister nach außen erst mit der Publikation im Handelsamtsblatt eintritt. Zur Kritik dieser Ausnahme vgl. Siegwart Art. 647 N 13; v. Steiger 274.

¹⁴ Ein Anwendungsfall dieser Art von Umgehungen findet sich in RGZ 157, 213.

eines beliebigen Bankinstitutes, oder gar die Tatsache der Übertragung des Geldes an die Gesellschaft vor den Augen des Notars.

Wie Foliet 120 bemerkt, wurde durch diese neue Ordnung der Verschleierung einer Sacheinlage kaum in wirksamer Weise Einhalt geboten. Eine Verschleierung ist zwar nicht mehr schon in der Weise möglich, daß das Geld nur auf einige Stunden geborgt wird, um es anläßlich der Generalversammlung, die den Feststellungsbeschluß faßt, auf den Tisch zu legen. Die Rückübertragung des Geldes an die dissimulierten Sacheinleger oder an die Borger kann aber nach wie vor erfolgen. Bloß muß mit dieser Vorgehensweise zugewartet werden, bis das Geld der Gesellschaft ausgehändigt worden ist, das heißt bis nach der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister.

Eine solche Rückübertragung läßt sich jedoch auch vermeiden. Dies vor allem bei der Kapitalerhöhung. Die Neuerung hat nämlich auch nicht erreicht, daß der einzelne Aktionär die Liberierung tatsächlich erbringen muß. Wie v. Steiger 105 hervorhebt, muß die Depositenstelle mit der Einzahlungsstelle nicht identisch sein. Die Einzahlungsstelle (es handelt sich ja sozusagen immer um eine Bank) darf aber wegen ihrer Pflicht zur Wahrung des Bankgeheimnisses nicht angeben, von wem die Einzahlungen erfolgten¹⁵. Ohne die Frage des Bankgeheimnisses zu berühren, kommt Siegwart zu ähnlichen Schlußfolgerungen, wenn er zu Art. 634–36 N 13 ausführt: «Die Depositenstelle kann . . . nicht wissen, ob auf jede Aktie die richtige Einzahlung erfolgt ist, und kann also darüber auch nichts aussagen.» Der dissimulierte Sacheinleger braucht darum nicht notwendigerweise eine Barzahlung zu erbringen. Es kann die Gesellschaft selbst die Einzahlung bei der Einzahlungsstelle vornehmen. Hat so die Gesellschaft selbst das Geld vorgestreckt, so erhält sie es nach der Eintragung der Kapitalerhöhung wieder zurück. Im Fall daß ein Dritter als Borger bei dieser Transaktion eingeschaltet war, muß das Geld allerdings noch von der Gesellschaft an ihn zurückübertragen werden.

Mit Wehrli 20 kann man sagen, eine Beeinträchtigung der Übertragung des Geldes an die Gesellschaft sei damit nicht gegeben. Rechtlich liegt tatsächlich eine Barerhöhung vor. Bloß bleibt von dieser Barerhöhung im Ergebnis nichts als die Form übrig. Wirtschaftlich betrachtet, ist eine Sachkapitalerhöhung gegeben.

¹⁵ v. Steiger hält a. a. O. dafür, der Schutz des Bankgeheimnisses gehe hier zu weit.

Wir gelangen darum zum Schlusse, daß auch die neuen Bestimmungen von rev. OR 633 die Bekämpfung der verschleierten Sachkapitalerhöhung nur eine unzulängliche Handhabe bieten¹⁶. Das rechtspolitische Postulat der Erfassung der Umgehungen von OR 628 wird denn auch trotz OR 633 erhoben¹⁷. Die bundesgerichtliche Judikatur und ein großer Teil der neueren Aktienrechtsliteratur haben diesem Postulat Gehör geschenkt: ob zu Recht, ist eine umstrittene Frage.

Die geschichtliche Entwicklung der Schutznormen für die Sachgründung und die Sachkapitalerhöhung beweist, daß man mit positivrechtlicher Regelung der Umgehungskünste nicht Herr werden kann. So gelten z. B. auch die Nachgründungsbestimmungen des deutschen Rechtes als ungenügend¹⁸. Es ist jedoch gefährlich, daraus den Schluß zu ziehen, man müsse mit einer weniger ängstlichen Gesetzesinterpretation¹⁹ Mißständen zu begegnen wissen. Denn das führt zu einer praktisch kaum haltbaren Rechtsunsicherheit. Dies vor allem bei der Kapitalerhöhung. Wann eine Kapitalerhöhung als qualifiziert zu behandeln ist, muß in der Praxis in eindeutiger Weise entschieden werden können.

b) Die Grundsätze der Simulation sind nicht anwendbar

In der Form, in der die Vortäuschung der Barliberierung unter der Herrschaft des alten Rechtes erfolgte, das heißt durch die Übertragung der Banknotenpakete an die Gesellschaft, oder durch die Vorweisung einer Bankbescheinigung bei der notariellen Verurkundung der Kapitalerhöhung²⁰, hat man diesen Tatbestand als einen Anwendungsfall von Simulation aufgefaßt²¹.

Wehrli 20 vertritt die Meinung, nach dem rev. OR könne wegen der in Art. 633 vorgeschriebenen Hinterlegung des Geldes bei der Depositenstelle von einer Simulation nicht die Rede sein. Wenn die Ein-

¹⁶ Nach Henggeler 29 stellt die Neuerung gegenüber früher doch eine wesentliche Verbesserung dar.

¹⁷ Siegwart Art. 628 N 28.

¹⁸ K. Wieland II. 69, Anm. 15.

²⁰ Vgl. das Nähere dazu vorn 53.

²¹ Schultheß 41, 77.

Voraussetzung für die Anwendung der Grundsätze der Simulation ist, daß man der Gründung und der Kapitalerhöhung die Vertragstheorie zugrundelegt (Schultheß 41, Anm. 14 in fine). Vgl. dazu auch A. Wieland 8, 22 ff.

zahlung tatsächlich erfolge, so müsse man die damit gegebene Barliberierung als wirklich gewollt betrachten.

Es erscheint jedoch kaum gerechtfertigt, einen relevanten Unterschied darin zu erblicken, ob die Übertragung des Geldes an die Gesellschaft vor den Augen des Notars oder durch Vermittlung der Depositenstelle vor sich geht. Man könnte die eine wie die andere Handlung als Scheinhandlung auffassen. Denn auch bei der früher üblichen direkten Übertragung des Geldes an die Vertreter der Gesellschaft gelangte die Gesellschaft vorübergehend in den Besitz der Barmittel. Auch hier hätte man die Barzahlung als «gewollt» betrachten können. Bloß konnte früher die Rückübertragung sofort erfolgen, während es heute erforderlich ist, die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister abzuwarten.

Anders liegen die Verhältnisse nur in dem Falle, wo bloß eine Bankbescheinigung vorgewiesen wurde. Hier kann man sagen, eine Barleistung sei nicht gewollt gewesen und sei auch nicht ausgeführt worden.

Doch wäre es besser, in diesem Zusammenhang von Simulation überhaupt nicht zu sprechen. Denn das Gesetz behaftet die Aktionäre bei ihrer Erklärung, eine Bareinlage vornehmen zu wollen. Nach den Grundsätzen der Simulation sollte jedoch das Scheingeschäft, das heißt in unserem Fall die Barzeichnung, keine Rechtswirkungen äußern. Die Simulation setzt voraus, daß die simulierte Erklärung einem bestimmten Partner gegenüber abgegeben werde, so daß zwischen den Beteiligten völlige Klarheit darüber besteht, daß die abgegebene Erklärung nicht ernstlich gemeint ist²². Die Barzeichnungserklärung richtet sich aber nicht nur an die Gesellschaft, sondern auch an die Öffentlichkeit. Diese kann den geheimen Vorbehalt nicht kennen.

Die Grundsätze der Simulation gelangten an individualrechtlichen Vertragsverhältnissen zur Ausbildung. Sie erweisen sich für die Erklärung von Vorgängen, die neben individualrechtlichen auch körperschaftsrechtliche Elemente enthalten, als ungeeignet. In Anlehnung an die frühere Anschauung spricht man jedoch noch heute allgemein von «simuliertem» und «dissimuliertem» Rechtsgeschäft, auch wenn bei der verschleierte qualifizierten Gründung, bzw. Kapitalerhöhung eine Simulation im dogmatischen Sinne nicht gegeben ist²³.

²² v. Thur 264 II.

²³ A. Wieland 34.

Jede Betrachtung der Frage, wie das Kapital der Aktiengesellschaft aufgebracht wird, muß sich am Gedanken der Garantie des tatsächlichen Vorhandenseins eines Vermögens in der Höhe der veröffentlichten Kapitalziffer orientieren. Sie muß von der durch richterliches Recht zur Anerkennung gelangten, heilenden Wirkung der Registereintragung²⁴ ausgehen. Das Rechtsgeschäft, gerichtet auf die Erlangung der Mitgliedschaft, beruht wie bei der Gründung so auch bei der Kapitalerhöhung auf einer an die Öffentlichkeit gerichteten Erklärung. Die Kapitalerhöhung ist in Anlehnung an den Fall der Gründung der Gesellschaft als korporativer Akt aufzufassen²⁵.

So muß denn die Verpflichtung zur Bezahlung des Liberierungsbetrages in den Vordergrund gestellt werden. Diese Pflicht wird mit der Zeichnung der Aktien begründet. Sie ist zunächst noch bedingt durch den ungewissen Umstand, ob die Kapitalerhöhung wirklich zustandekommt. Die Zeichnung erlangt definitive Gültigkeit mit der Fassung des Feststellungsbeschlusses. Die Pflicht besteht jetzt ohne Rücksicht darauf, ob mit der Verschleierung der Apportkapitalerhöhung eine Verletzung des Gesetzes gegeben ist.

Der Apportverschleierungsvertrag ist darum besser losgelöst vom Geschäft der Aktienzeichnung zu betrachten. Er soll im folgenden als Umgehung der Bestimmungen von OR 628 näher gewürdigt werden. Die Frage lautet: Wann ist die Umgehung legal, und wann begründet sie eine Gesetzesverletzung?

c) Die Beurteilung als Umgehung

Bei der liquiden Verletzung von OR 628 liegen im Zeitpunkt der Beschlußfassung fertige Verträge vor. Diese sind als solche auch in einwandfreier Weise erfaßbar. Sie finden jedoch im Kapitalerhöhungsverfahren nicht die Berücksichtigung, die das Gesetz für sie vorschreibt.

²⁴ Schultheß 42.

Das Handelsregister genießt keinen öffentlichen Glauben. Die heilende Wirkung stellt nur den Ausfluß des Schutzes dar, den man dem Vertrauen auf die im Handelsregister erfolgten Publikationen angedeihen läßt.

²⁵ Wie A. Wieland 25 darstellt, wird jedoch in der schweizerischen und deutschen Gerichtspraxis nicht etwa die reine Gesamtsaktstheorie anerkannt. Trotz der an die Öffentlichkeit gerichteten Erklärungen läßt sich die vertragliche Natur des Gesellschaftsverhältnisses nicht verkennen.

Nach den Ausführungen zu unserem Tatbestand ist es im allgemeinen so, daß wirtschaftlich derselbe Erfolg eintritt, wie bei einer qualifizierten Kapitalerhöhung. Doch liegen aus der Zeit der Kapitalerhöhung keine rechtlich erfaßbaren Sacheinlage- bzw. Sachübernahmeverträge vor. Bezüglich der Absicht, mit der Kapitalerhöhung zugleich ein neues Sachvermögen zu begründen, müssen jedoch schon vor der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister bestimmte Abreden getroffen worden sein. Das ergibt sich aus der gesamten Situation. Man steht also vor der Tatsache, daß in der Zeit vor der Registereintragung interne Vereinbarungen bestanden, wonach mit der Kapitalerhöhung bestimmte Sachwerte an die Gesellschaft gelangen sollten.

Es erhebt sich hier die viel umstrittene Frage, in welchen Fällen damit eine Verletzung der Normativbestimmungen des Gesetzes gegeben ist.

aa) Die Ergebnisse nach der extensiven Interpretation

Diese Interpretation, die in der unveröffentlichten bundesgerichtlichen Entscheidung vom 12. Febr. 1944 in eindeutiger Weise zur Anerkennung gelangte²⁶, wird besonders auch von Wehrli, von Siegwart und von v. Steiger vertreten. Wollte man sie unbesehen auf den Fall der Kapitalerhöhung übertragen, so würde man zu folgenden Ergebnissen gelangen:

Nach Siegwart Art. 628 N 26 wäre die Angabe in den Statuten in jenen Fällen zu verlangen, in denen diese den Beteiligten (Gesellschaft, Inferenten) «zugemutet und von den Interessierten zu ihrem Schutz erwartet werden kann».

Nach v. Steiger 77 wäre es unzulässig, die Übernahme von solchen Vermögenswerten (Illationsgegenständen) statt vor erst nach der Ein-

²⁶ Schon die Entscheidung BGE 59 II 444, bedeutete nach der Meinung vieler Autoren eine Abkehr von der hergebrachten restriktiven Auslegung von OR 628. So Wehrli 80; Henggeler 24; Schueany Art. 653 N 6. Andere, so O. Lehner, SJZ 44, 133ff. und A. Wieland, SJZ 45, 33ff. erblicken in dieser Entscheidung eine Bestätigung der alten Rechtsprechung. Wenn die Entscheidung aus dem Jahre 1933 nach der Meinung Siegwarts Art. 628 N 25 «unbestimmt» war, so hat das Bundesgericht mit der unveröffentlichten Entscheidung aus dem Jahre 1944 seine Stellungnahme nachträglich in dem Sinne gedeutet, daß nach seiner Judikatur die extensive Auslegung gelten soll. Andernfalls wäre die Entscheidung aus dem Jahre 1944 wohl als Änderung der Rechtsprechung in die amtliche Sammlung der Bundesgerichtsentscheidungen aufgenommen worden. Vgl. dazu A. Wieland SJZ 45, 37 Sparte 1.

tragung (der Kapitalerhöhung in das Handelsregister) zu stipulieren, aber schon vorher in Aussicht zu nehmen, so daß vor der Eintragung keinerlei Bindung der Gesellschaft in rechtlicher Beziehung bestünde, wohl aber eine ökonomische Situation, welche zwangsläufig auf die nachträgliche Eingehung der Übernahmeverpflichtung hinauslaufen würde.

Nach der *Judikatur des Bundesgerichtes* wäre immer dann eine Pflicht zur Aufnahme von Sacheinlagen und Sachübernahmen in die Statuten gegeben, wenn die Gesellschaft bei der Kapitalerhöhung Vermögenswerte übernehmen «sollte». Dabei müßte man dieses «Sollen» ganz im Sinne von Art. 80 der Handelsregisterverordnung auslegen. Eine Sachübernahme wäre auch dann gegeben, wenn die Übernahme erst «unmittelbar» nach der Kapitalerhöhung erfolgen würde²⁷.

Die analoge Anwendung der extensiven Interpretation von OR 628 auf den Fall der Kapitalerhöhung führt zu einer viel zu weit gehenden Anwendbarkeit der Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung. Keine sorgfältige Verwaltung wird unterlassen, die Maßnahmen, die mit der Kapitalerhöhung vorzunehmen sind, im einzelnen vorzubereiten. Auch alle Geschäfte, die nach der Kapitalerhöhung noch geschlossen werden sollen, sind hier schon während des Kapitalerhöhungsverfahrens geplant. Alle diese Geschäfte müßten jedoch als Sacheinlagen oder Sachübernahmen behandelt werden.

Auch nach der extensiven Interpretation würde man allerdings voraussetzen, daß es sich nicht um Bagatellmaßnahmen handelt. Es lassen sich aber keine allgemein gültigen Kriterien für eine klare Einschränkung des Geltungsbereiches der Sachübernahmebestimmung finden. Wie die Ausführungen auf S. 58 zeigen, machen denn auch alle Anhänger der extensiven Interpretation von OR 628 wieder andere Vorschläge der Abgrenzung.

²⁷ Die uneingeschränkte Ausdehnung, die das Bundesgericht dem Geltungsbereich der Sachübernahmebestimmungen in der Entscheidung vom 20. 2. 1944 gegeben hat, erklärt sich zum Teil wohl aus dem Umstand, daß es sich hiebei um eine verwaltungsrechtliche Entscheidung handelt. In der Entscheidung wird denn auch auf eine Vernehmlassung, die von Seiten des eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements im Zusammenhang mit dieser registerrechtlichen Streitsache erging, ausdrücklich Bezug genommen. Daß die zivilrechtlichen Folgen, die sich aus der eingetretenen Änderung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ergeben, zu großen Bedenken Anlaß geben, hat A. Wieland in seiner jüngsten Publikation (51 ff.) in überzeugender Weise dargelegt.

bb) Die Ergebnisse nach der restriktiven Interpretation

Nach der absolut restriktiven Interpretation von OR 628 wird ein Verschleierungstatbestand nach den auf Seite 50 angeführten Beispielen kaum je als eine widerrechtliche Umgehung von OR 628 bezeichnet werden. Der positive Nachweis, daß feste vertragliche Abreden zwischen der Gesellschaft und dem Apportanten schon vor der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister bestanden haben, kann ja kaum erbracht werden. Denn es liegen nur interne Abmachungen vor. Man wird immer einwenden können, diese Abmachungen stellen keine absolut bindenden Vereinbarungen dar.

Darin mag man, vom rechtspolitischen Zweck der Kautelen über die qualifizierte Kapitalerhöhung ausgehend, einen gewissen Mangel der Rechtsordnung erblicken.

Einzelne Anhänger der restriktiven Interpretation von OR 628 machen denn auch zu ihrem grundsätzlichen Standpunkt verschiedene Vorbehalte. Speziell für den Fall der qualifizierten Kapitalerhöhung hält Schultheß 76 ff. dafür, die Verschleierung sei dann illegal, wenn eine Simulation vorliege, nicht aber, wenn dem «wirklich auf eine Barkapitalerhöhung gerichteten Geschäftswillen» . . . «nur ein fraudulöser Beweggrund» zugrundeliege. Wenn nur eine Umgehung der Apportbestimmungen (fraudulöser Beweggrund) bezweckt sei, so könne die verschleierte qualifizierte Kapitalerhöhung nicht als illegal behandelt werden; wohl aber wenn eine eigentliche Simulation gegeben sei.

Diese Betrachtungsweise, deren Grundlagen (Vertragstheorie, Anwendung der Grundsätze über die Simulation) wir ablehnen²⁸, hat aber nicht mehr den Vorteil der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit, den man als Vorzug der restriktiven Interpretation von OR 628 hauptsächlich geltend macht. Denn was im praktischen Anwendungsfall als Simulation zu betrachten ist, steht nicht fest. Schultheß handelt denn auch auf S. 42 von den «Indizien» der Simulation²⁹.

²⁸ Vgl. vorn 55 ff.

²⁹ Lehner gelangt in seinem Aufsatz, SJZ 44, 133 ff. zu folgender differenzierteren, wenn auch grundsätzlich immer noch restriktiven Interpretation der Sachübernahmebestimmungen: Er geht davon aus, die besondere Gefahr der Umgehung der Übernahmevorschriften bestehe bei der Gründung darin, «daß auf dem Umwege über die Verpflichtung des ersten Verwaltungsrates die Gesellschaft schon auf den Zeitpunkt der Gründung belastet werden kann» (S. 152). Er folgert daraus, «Eine rechtswidrige Umgehung der Übernahmevorschriften liegt vor, wenn die Belastung

Nur die streng restriktive Interpretation von A. Wieland schafft eine absolut klare Lage. Differenzierungen nach dem Beispiel von Schultheß, und wie sie in der Entscheidung des Reichsgerichtes, RGZ 157, 213, gemacht werden, führen sofort zu Ermessensfragen. Diese sind dann nicht einfacher zu beantworten, als die Probleme, die die extensive Interpretation von Siegwart aufgibt.

Die Schutzfunktion der Kautelen von OR 650 II, darf nicht uneingeschränkt zur Auswirkung gelangen. Diese Unzulänglichkeit ist unseres Erachtens hinzunehmen. Die Garantien, die unsere Rechtsordnung für die Barliberierung vorsieht, rechtfertigen es, die verschleierte Apportkapitalerhöhung als grundsätzlich legal zu behandeln. Den Privaten steht die völlig freie Wahl zu, eine qualifizierte Kapitalerhöhung oder eine verschleierte Apportkapitalerhöhung vorzunehmen.

Dadurch, daß unser Gesetz die Sachübernahmebestimmungen auch für den Fall der Kapitalerhöhung anwendbar erklärt hat, ist für jede wünschbare Erfassung der Sachkapitalerhöhung in hinlänglicher Weise gesorgt. Die verschleierte Apporterhöhung als eine Verletzung der Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung zu behandeln, würde zu weit führen. Dies hätte zur Folge, daß praktisch jede Kapitalerhöhung als Sachkapitalerhöhung auszugestalten wäre. Damit wäre aber eine unleidliche Erschwerung der Kapitalerhöhung gegeben.

Das deutsche Aktiengesetz, in dem die Kapitalerhöhung eingehend geregelt wurde, hat denn auch davon abgesehen, die gesetzlichen Nachgründungsbestimmungen von § 45 für den Fall der Kapitalerhöhung zu wiederholen. Die Kapitalerhöhung untersteht hier lediglich dann besonderen Schutzvorschriften, wenn auf das neue Kapital Sacheinlagen erbracht werden. Schon die Erfassung der Umgehungen von OR 628 bei der Gründung ist eine problematische Änderung in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung³⁰. Die analoge Anwendung dieser Rechtsprechung auf den Fall der Kapitalerhöhung ist auf alle Fälle abzulehnen.

der AG mit dem Übernahmevertrag im Zeitpunkt der Gründung dadurch erreicht wird, daß der Verwaltungsrat der neuen AG zum voraus verpflichtet worden ist, das Übernahmegeſchäft nach der Gründung abzuschließen.»

³⁰ Vgl. dazu A. Wieland 54; O. Lehner, SJZ 44, 153, Sparte 1; Henggeler 24.

B. Das Umgehungsgeschäft wird vor der Kapitalerhöhung begründet

1. Allgemeines

Die Kapitalerhöhung ist eine Maßnahme, die während des Bestehens der Gesellschaft getroffen wird. Das schafft die Möglichkeit, die Übertragung des festen Vermögenswertes an die Gesellschaft auch schon zu einem Zeitpunkt vorzunehmen, in dem die Kapitalerhöhung formell noch gar nicht in die Wege geleitet worden ist³¹.

Auch hier kommt es zur Ersetzung der formell vorzunehmenden Barerhöhung durch eine Maßnahme, die materiell zur gleichen Situation führt, wie eine Sacherhöhung. Die Gestaltung dieser Verschleierungsmaßnahme erfolgt in genau entsprechender Weise, wie wenn die Übertragung des Sachvermögens erst nach der Kapitalerhöhung vorgenommen wird³².

Dabei kann die Übertragung des festen Vermögenswertes auch wieder auf zwei Arten vor sich gehen. Entweder rein nur auf Grund interner Abmachungen der Beteiligten, oder im Rahmen eines besonderen individualrechtlichen Erwerbsgeschäftes der Gesellschaft. Die Unterscheidung dieser beiden Arten der Übertragung ist bei der Kapitalerhöhung von besonderer Bedeutung. Denn wenn der Illationsgegenstand zunächst in aller Form an die Gesellschaft verkauft wird, so erlangt der Verkäufer eine Forderung an die Gesellschaft. Will er dann als Aktienzeichner seine Liberierungsschuld mit der Forderung an die Gesellschaft zur Tilgung bringen, so kommen die Bestimmungen von Art. 80 der Handelsregisterverordnung zum Zuge. Es stellt sich in diesem Fall die Frage nach dem Verhältnis der Verordnungsbestimmungen zu den Vorschriften des OR.

Die Formalien, die die Handelsregisterverordnung für die Verrechnung statuiert (HReg. V Art. 80), behindern den freien Ablauf der Kapitalerhöhung in ähnlicher Weise wie die Kautelen des OR für die qualifizierte Kapitalerhöhung. Will jemand die Formalien der qualifizierten Kapitalerhöhung unterdrücken, so wird er darum in der Regel auch die Publizitätsmaßnahmen der Verrechnung zu vermeiden suchen. Um den Verrechnungstatbestand der Verordnung nicht zu begründen, wird er den Illationsgegenstand nicht im Rahmen eines individualrechtlichen Verkaufsgeschäftes an die Gesell-

³¹ Schultheß 76.

³² Schultheß 6.

schaft übertragen, sondern nur auf Grund interner Abmachungen³³. Neben der in aller Form vollzogenen Barerhöhung wird dann eine verdeckte Übertragung von Sachwerten vor der Kapitalerhöhung vorgenommen. Der nötige Ausgleich der erfolgten Leistungen erfolgt später durch Rückerstattung des Bargeldes.

Ob eine derartige formlose Übertragung des festen Vermögenswertes vor oder nach der Kapitalerhöhung vor sich geht, macht für die rechtliche Beurteilung der Umgehung keinen Unterschied. OR 628 ist sowohl nach der extensiven, als auch nach der restriktiven Interpretation dieses Artikels verletzt. Die Einlegung des festen Vermögenswertes stellt kein individualrechtliches Geschäft dar. Sie erfolgt als tatsächlicher Vorgang und ist nur dazu bestimmt, die Barerhöhung wirtschaftlich durch eine nachträgliche Sacherhöhung zu ersetzen.

2. Die Bedeutung von Art. 80 der Handelsregisterverordnung

Besonderheiten zeigen sich jedoch, wenn der Tatbestand der Verrechnung begründet wird. Denn die Verrechnung von Forderungen an die Gesellschaft mit der Liberierungsforderung, stellt ein legales Vorgehen dar (HReg. V. 80).

Nach Folliet 160 wurde durch die neuen Bestimmungen der Handelsregisterverordnung eine neue Art der Liberierung geschaffen. Dieser Autor begründet seine Feststellung, indem er darauf hinweist, bei der Verrechnung werde weder den Erfordernissen einer Bareinlage noch denen einer Sacheinlage Genüge geleistet. Für das deutsche Recht vertritt Staub § 279 Einleitung eine ähnliche Ansicht, wenn er ausführt, im Wege der Verrechnung würden «uneigentliche Sacheinlagen» erbracht³⁴. Sollte dies zutreffen, dann müßte mit Folliet der Schluß gezogen werden, die Handelsregisterverordnung stehe in diesem Punkt mit den Vorschriften des OR in Widerspruch; denn das OR kennt nur zwei Arten von Einlagen: Bareinlagen und Sacheinlagen.

Es ist davon auszugehen, daß die Bestimmungen der Verordnung

³³ Praktisch wird diese Form der verschleierte Apportkapitalerhöhung allerdings nur in kleinen Familienaktiengesellschaften und in Einmanngesellschaften vorkommen. Vgl. dazu vorn 50.

³⁴ Brodmann führt zu § 279 N 2 mit Bezug auf die Verrechnung der Liberierungsschuld mit Forderungen an die Gesellschaft aus: «Auch das schillert zwischen Sacheinlage und Geldeinlage verbunden mit Aufrechnung».

nur insoweit zu berücksichtigen sind, als sie mit dem Inhalt des OR in Übereinstimmung gebracht werden können. Das Verordnungsrecht kann nämlich dem durch die Bundesgesetzgebung kodifizierten Privatrecht nicht derogieren³⁵. Mit dem Erlaß der Handelsregisterverordnung konnte neben den vom Gesetz anerkannten Bareinlagen und Sacheinlagen nicht etwas neues geschaffen werden. Die Verordnungsbestimmungen müssen sich in den Rahmen der Bar- und Sachliberierung einfügen lassen.

a) Verordnungsbestimmungen und Bestimmungen des OR über Barliberierung

Wie auf S. 46 f. dargelegt wurde, gilt bei uns die Einlegung von Forderungen an die Gesellschaft als Bareinlage. Stellt man sich auf diesen Standpunkt, so sind die Bestimmungen über die Verrechnung mit den Bestimmungen über die Erbringung von Bareinlagen in Beziehung zu setzen.

Zu Schwierigkeiten führt dabei nur OR 633, wonach «ein Betrag von mindestens zwanzig vom Hundert des Nennwertes jeder Aktie bei den Einzahlungsstellen zur ausschließlichen Verfügung der Gesellschaft einzuzahlen» ist. Diesem Erfordernis der Barliberierung wird mit der Vornahme einer Verrechnung im Sinne der Handelsregisterverordnung nicht Genüge geleistet. Eine Deposition erfolgt nicht. Sie würde denn auch im Rahmen der Verrechnung eine sehr umständliche Maßnahme darstellen. Die Deposition müßte durch den Aktionär, der die Verrechnung vornimmt, erfolgen. Dieser wäre genötigt, Geld frei zu machen, gegebenenfalls zu entleihen, nur um es der Depositenstelle überweisen zu können. Nach erfolgter Kapitalerhöhung würde dieses Geld über die Gesellschaft wieder an ihn zurückfließen; denn die Liberierungsschuld wäre ja durch die Verrechnung schon ganz getilgt. Das würde eine unerträgliche rechtliche Behinderung des Vorganges der Verrechnung bedeuten, der sich wirtschaftlich doch in so einfacher Weise abspielt³⁶. Die Deposition soll darum unterbleiben, obwohl es sich bei der Verrechnung der

³⁵ Fleiner 414.

³⁶ Eine besondere Bedeutung erlangt die Verrechnung der Liberierungsforderung mit Forderungen an die Gesellschaft bei der Sanierung. Hier würde die Erschwerung von OR 633 besonders stoßend wirken. Noch viel weniger kommt hier die Anwendung der Bestimmungen über die Apportkapitalerhöhung in Frage, wie Folliet dies 164 ausdrücklich postuliert.

Liberierungsforderung mit Forderungen an die Gesellschaft um die Erbringung einer Bareinlage handelt³⁷.

Und doch ist es im Interesse der Gläubiger und der Aktionäre geboten, die Verrechnung nicht ganz ohne Kautelen vor sich gehen zu lassen. Denn die Verrechnung kann zu einer ähnlichen Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens führen wie die Erbringung von Sacheinlagen³⁸. Die Forderungen können in ihrem Bestand bestritten sein, sie sind vielleicht nicht vollwertig³⁹, oder gar nur fiktiv. Werden derartige Forderungen zu ihrem Nennwert in Aktienkapital umgewandelt, so tritt eine Verwässerung des Grundkapitals mit allen ihren unerwünschten Folgen ein.

Auf diese Gefahr gründet sich das Verbot der Verrechnung im deutschen Recht. Nach deutschem Recht muß die Verrechnung als Sacheinlage behandelt werden⁴⁰. Das schweizerische Recht kennt ein derartiges Verbot nicht. Nach schweizerischem Recht kann grundsätzlich jede Forderung zur Verrechnung gebracht werden, auch dann, wenn sie als eine «negative Sacheinlage» aufgefaßt werden könnte, «weil das Gesellschaftsvermögen durch Entlastung von einer Schuld um ihren Betrag vergrößert wird»⁴¹. Erfolgt die Verrechnung im Zusammenhang mit der Gründung, so besteht auch kaum ein Anlaß, die Verrechnung besonders zu behandeln. In diesem Falle gehen nämlich verrechenbare Forderungen immer nur aus Sacheinlagen, Sachübernahmen oder besonderen Vorteilen hervor⁴². Die Verrechnung bildet so bereits den Gegenstand von besonderen Schutzvorschriften. Bei der Kapitalerhöhung können jedoch Forderungen zur Verrechnung gelangen, auf die die Kautelen von OR 628 noch nie angewendet worden sind. Die Notwendigkeit, besondere Schutzvorschriften aufzustellen, ergibt sich vor allem für diese Forderungen.

Die besondere Regelung der Verrechnung rechtfertigt sich jedoch noch aus einem anderen Grunde: Auch die Barliberierung wurde durch das Obligatorium der Liberierung eines Mindestbetrages nach Maß-

³⁷ Die gegenteilige Meinung wird von Folliet 164 vertreten. Im französischen Recht wird der hier behandelte Vorgang ebenfalls als Bareinlage aufgefaßt. Houpin-Bosvieux no. 874.

³⁸ Ein Beispiel dafür mit bilanztechnischer Behandlung findet sich bei Folliet 163.

³⁹ Schmid 3, Anm. 5.

⁴⁰ Vgl. vorn 47.

⁴¹ A. Wieland 39.

⁴² Siegwart Art. 634–36 N 14.

gabe von OR 633 erschwert. Bei der Verrechnung als Spezialfall der Barliberierung kann diese Erschwerung nicht beibehalten werden, ohne den Vorgang in unheimlichem Maße zu behindern. Die Erschwerung von OR 633 muß durch eine andere ersetzt werden. Die Ersatzlösung ist in Art. 80 der Handelsregisterverordnung enthalten. Danach müssen folgende Bestimmungen eingehalten werden:

1. Aus der öffentlichen Urkunde über die Kapitalerhöhung muß sich ergeben, daß und wie die Existenz dieser Forderungen nachgewiesen wurde.
2. In der Handelsregistereintragung ist der Gesamtbetrag desjenigen Teils des Grundkapitals zu nennen, der durch Verrechnung liberiert wurde.

Diese Publizitätsmaßnahmen bilden einen vollwertigen Ersatz für die in OR 633 für die Barliberierung allgemein vorgesehene Deposition. Das ist die Anschauung, die sich in der Praxis stets behauptet hat, und die auch theoretisch haltbar ist⁴³.

b) Verordnungsbestimmungen und Bestimmungen des OR über die Sachliberierung

Die Verrechnung von Forderungen an die Gesellschaft mit der Liberierungsforderung ist in Artikel 80 der Handelsregisterverordnung besonderen Formvorschriften unterstellt worden. Die Umgehung von OR 628 durch die Begründung des Verrechnungstatbestandes der Verordnung erfolgt demnach nicht, ohne daß gewisse andere Kautelen doch beachtet würden. Es stellt sich hier die Frage, ob die Bestimmungen der Verordnung die Umgehung von OR 628 legalisieren.

Diese Frage beurteilt sich auch wieder ganz verschieden, je nachdem ob man von der extensiven oder von der restriktiven Interpretation von OR 628 ausgeht.

⁴³ Vgl. jedoch die kritischen Bemerkungen bei Wehrli 27 ff. Eine gewisse Analogie zu diesem Fall zeigt der Tatbestand der Erhöhung des Grundkapitals durch Erhöhung des Nennwertes der Aktien, vorausgesetzt, daß der bisher liberierte Betrag die Höhe der durch OR 633 geforderten Mindestliberierung für das neue Kapital erreicht. Das Bundesgericht hat entschieden, daß auch für diesen Fall die Deposition unterbleiben könne (BGE 67 I 111). Vgl. dazu die Aufsätze von Portmann und von v. Waldkirch in SJZ 38, 279 ff. und 330 ff.

Ähnlich liegen die Verhältnisse bei der Emission von Gratisaktien, wo die Mindestliberierung auch überflüssig ist. (Gadow § 150, Anm. 2.)

aa) Die extensive Interpretation

Ob der Umgehungstatbestand vor oder nach der Kapitalerhöhung begründet wird, ist an sich irrelevant. Wenn der Verrechnungstatbestand als Apportverschleierungsgeschäft mit der Maßnahme der Kapitalerhöhung einen genügend starken inneren Zusammenhang aufweist, so wäre die Umgehung nach dieser Interpretation widerrechtlich. Die Umschreibung dieses inneren Zusammenhanges dürfte jedoch die größten Schwierigkeiten bereiten. Es stellen sich hier die gleichen Probleme, wie beim Versuch, die Nachgründung nach festen Kriterien zu erfassen. Man wird diesen inneren Zusammenhang dann als gegeben erachten, wenn die Kapitalerhöhung als wirtschaftlich notwendiges Geschäft der vorausgegangenen Übertragung des Vermögenswertes nachfolgt.

Bei extensiver Interpretation von OR 628 muß man die Frage aufwerfen, ob die Schutzbestimmungen der Verordnung nicht einen genügenden Ersatz für die Kautelen von OR 650 II darstellen.

Diese Frage muß verneint werden. Nach der extensiven Interpretation würde der Apportverschleierungsvertrag gegen die Bestimmungen von OR 628 verstoßen. Daß die Verordnungsbestimmungen über die Verrechnung eingehalten wurden, ändert an dieser Sachlage nichts. Denn das Verordnungsrecht kann dem kodifizierten Privatrecht nicht derogieren⁴⁴. Das ist ein Grundsatz unserer Rechtsordnung, der nicht umgestoßen werden kann. Bei extensiver Interpretation von OR 628 kann von einer Legalisierung der Umgehungen dieses Artikels durch Artikel 80 der Handelsregisterverordnung nicht die Rede sein.

Hinzu kommt, daß die Verrechnungsbestimmungen der Verordnung lange nicht so wirksam sind, wie die Kautelen, die durch den Verweis von OR 650 II anwendbar erklärt werden. Das soll noch im Einzelnen dargelegt werden:

Die Kautelen für die qualifizierte Kapitalerhöhung schaffen einen dreifachen Schutz⁴⁵:

1. *Veröffentlichung* der gefährlichen Maßnahmen. (Aufnahme in die Statuten, besonderer Bericht der Verwaltung, Prospekt, Publikation im Handelsregister, Publikation im Handelsamtsblatt.)
2. *Amtliche Kontrolle* der gefährlichen Maßnahmen durch Urkunds-

⁴⁴ Fleiner 414.

⁴⁵ Vgl. dazu hinten 92 ff.

person und Handelsregisterbehörde. (Kognitionspflicht bei der öffentlichen Verurkundung des Erhöhungs- und Feststellungsbeschlusses und der besonderen Beschlüsse über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile; Kognitionspflicht bei der Anmeldung dieser Beschlüsse zum Handelsregister.)

3. *Erschwerung der Beschlußfassung und besonderes Mitwirkungsrecht der Aktionäre* bei der Fassung der Beschlüsse nach OR 636. (Besondere Abstimmung, Erfordernis eines Quorums von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals)⁴⁶.

Die Kautelen der Verordnung gehen weniger weit:

1. Eine *Veröffentlichung* ist zwar auch vorgeschrieben. Diese beschränkt sich aber auf die Angabe der Verrechnung im Handelsregister. Hinzu kommt die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt. Eine Statutenänderung erfolgt jedoch nicht. Der besondere Bericht der Verwaltung und die Angaben im Prospekt fallen auch weg.
2. Die *amtliche Kontrolle* durch die Urkundsperson und die Handelsregisterbehörde besteht im gleichen Umfang wie bei der Beobachtung des Verfahrens nach OR.
3. Eine *Erschwerung der Beschlußfassung und ein besonderes Mitwirkungsrecht der Aktionäre* besteht in keiner Weise.

bb) Die restriktive Interpretation

Zu einer grundsätzlich anderen Beurteilung des Tatbestandes gelangt man, wenn man von der restriktiven Interpretation von OR 628 ausgeht. Nach dieser Interpretation ist man frei, eine formgerechte qualifizierte Kapitalerhöhung oder eine verschleierte Apportkapitalerhöhung vorzunehmen. Darnach muß man auch die Möglichkeit anerkennen, statt einer Sacheinlage oder einer Sachübernahme den Verrechnungstatbestand der Verordnung zu begründen. Die Bestimmungen von Artikel 80 der Handelsregisterverordnung stellen, wie auf Seite 65 f. dargelegt wurde, einen genügenden Ersatz für die Kautelen, denen nach unserem Recht die Bareinlage untersteht, dar. Wie die Transposition des Tatbestandes der Nachgründung auf den Fall der Kapitalerhöhung eine zulässige Verschleierung der Apportkapitalerhöhung darstellt, muß auch die Begründung des Verrechnungstatbestandes der Verordnung als eine legale Umgehung von OR 628 behandelt werden.

⁴⁶ Vgl. hiezu jedoch unsere Ausführungen auf S. 106 ff.

Zusammenfassung:

1. Nach der in jüngster Zeit in Literatur und Judikatur herrschend gewordenen Auslegung von OR 628 kann auch die als gewöhnliches Erwerbsgeschäft der Gesellschaft vollzogene Übernahme des Illationsgegenstandes vor der Kapitalerhöhung eine widerrechtliche Unterdrückung der Gesetzesbestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung darstellen. Wann dies der Fall ist, beurteilt sich nach den unsichern Kriterien, die auch für die Erfassung der «Nachgründung» maßgeblich sind. Die Bestimmungen der HReg. VO vermögen das Erwerbsgeschäft der Gesellschaft nicht zu legalisieren. Denn die Verordnungsbestimmungen können dem kodifizierten Privatrecht nicht derogieren. Auch stellen die Formalien, die die Verordnung statuiert, einen ungenügenden Ersatz für die Formvorschriften des Gesetzes dar.

2. Unseres Erachtens sind im Falle einer Verschleierung der qualifizierten Kapitalerhöhung durch Begründung des Verrechnungstatbestandes der VO die Beteiligten bei ihrer Erklärung, eine Barerhöhung vorzunehmen, zu behaften. Die obligationenrechtlichen Garantien für die Barerhöhung im Zusammenwirken mit den noch wirkameren Verordnungsbestimmungen stellen eine hinlängliche Normierung dieses Vorganges dar.

3. OR 628 wird durch die Übertragung des Illationsgegenstandes vor der Kapitalerhöhung nur in dem Fall verletzt, wo diese Übertragung formlos, rein nur auf Grund verheimlichter interner Abmachungen erfolgt.

IV. Die Anrechnung des Wertes des Illationsgegenstandes auf die Liberierungsschuld

Die einfache Ersetzung der Sacheinlage durch eine Sachübernahme, womit die Anrechnung des Wertes des Illationsgegenstandes auf die Liberierungsschuld entfällt, kann nicht zur erstrebten Unterdrückung der Formvorschriften führen. Unsere Gesetzgebung hat nämlich für die Sachübernahme besondere Formvorschriften statuiert, die analog zu denjenigen für die Sacheinlage ausgestaltet wurden¹.

¹ Anders im französischen und deutschen Recht. Das französische Recht kennt die Institution der Sachübernahme überhaupt nicht. Im deutschen Recht kommt sie nur bei der Gründung vor. Hier behilft man sich jedoch bei der Kapitalerhöhung mit einer extensiven Auslegung des Begriffes der Sacheinlage. Vgl. RGZ 157 116; K. Wieland II 67.

Zur Gegenüberstellung von schweizerischem und deutschem Recht, vgl. vorn 46.

Hingegen kann man sich fragen, ob die Anrechnung des Wertes des Illationsgegenstandes ausschließlich auf ein bei der Neuemission von Aktien erhobenes Agio die Nichtbeachtung der Formvorschriften rechtfertigt. Auf das Grundkapital wird dann ja nur die in bar geleistete Liberierung erbracht.

In diesem Zusammenhang ist auch jener Tatbestand zu behandeln, wo bei einer Kapitalerhöhung in einer Holdinggesellschaft Mutter- und Tochtergesellschaft zusammenwirken. Es geht hierbei um die Frage, ob die Abfindung der Inferenten mit jungen Aktien der Muttergesellschaft für die Einlegung von Sachgütern in eine neu zu bildende oder schon bestehende Tochtergesellschaft als qualifizierte Kapitalerhöhung zu betrachten ist.

A. Der Sachwert wird nur auf das Agio angerechnet

1. Allgemeine Bedeutung und bilanztechnische Behandlung des Agios bei einer Apportkapitalerhöhung

Die wirtschaftliche Notwendigkeit, Aktien mit Agio auszugeben, wurde rechtlich immer geschützt². Zu Erörterungen gibt lediglich die theoretische und praktische Behandlung des Agios Anlaß³. Hierbei geht es im wesentlichen um die Frage, ob das Agio eine Einlage, einen Apport im weiteren Sinne des Wortes, darstelle⁴, oder einen bei der Neuemission erzielten Gewinn. Die Frage ist vor allem für die fiskalische Behandlung des Agios bedeutungsvoll. Doktrin und Praxis behandeln heute das Agio übereinstimmend als Einlage⁵. Das will heißen, daß das Agio als bleibender Bestandteil dem Vermögen der Gesellschaft zugerechnet wird. Das Agio gelangt nicht mehr, wie das früher in kleineren Gesellschaften etwa der Fall war, als unmittelbarer Gewinn zur direkten Verteilung an die Aktionäre⁶. Auch in der Gewinn-

² Auch unser OR sieht in Art. 624 die Möglichkeit, Aktien zu einem den Nennwert übersteigenden Betrag auszugeben, ausdrücklich vor.

³ In der französischen Literatur wurde die Frage besonders eingehend behandelt. Vgl. die Monographien von Janton (Literaturverzeichnis S. VIII), Vandamme, *De la prime d'émission dans les sociétés par actions* (Toulouse 1925); Caillard d'Aillières, *De la prime d'émission en droit fiscal* (Paris 1924).

Für das deutsche Recht, vgl. besonders Fischer, in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes (Leipzig 1916).

⁴ In einem engeren, sehr gebräuchlichen Sinne bedeutet Apport nur Sacheinlage.

⁵ Anders noch Schucany Art. 671 N 5.

⁶ Janton 79.

und Verlust-Rechnung der Gesellschaft wird es nicht berücksichtigt. Das Agio wird in das Konto Reserven eingesetzt⁷. Der Fiskus behandelt das Agio grundsätzlich nicht als Gewinn.

Ein Agio kann nicht nur bei der Barliberierung, sondern auch bei der Sachliberierung erhoben werden. Auch hier kann sich der Ausgabebetrag der Aktien aus einer Quote Nennwert und einer zusätzlichen Quote, dem Agio oder Aufgeld, zusammensetzen⁸.

Das führt bei der Sachliberierung dann dazu, daß nur ein Teil des Wertes des Illationsgegenstandes auf das Grundkapital angerechnet wird, nämlich die Quote Nennwert. Der Restbetrag wird im wesentlichen zur Vermehrung des Reservefonds verwendet⁹.

Bilanztechnisch kommt dies dadurch zum Ausdruck, daß der Einsetzung des Gesamtwertes des Illationsgegenstandes auf der Seite der Aktiven die Vermehrung sowohl des Postens Grundkapital als auch des Postens Reserven auf der Passivseite gegenübersteht.

Zur Veranschaulichung der wirtschaftlichen und bilanztechnischen Bedeutung des Agios bei der Apportkapitalerhöhung gehen wir im folgenden von nachstehendem schematischen *Beispiel* aus:

Eine Aktiengesellschaft mit einem Grundkapital von Fr. 1 000 000.—, einem Reservefonds von Fr. 4 000 000.— und einem Bestand an Aktiven von insgesamt Fr. 5 000 000.— beabsichtigt, sich einen bestimmten Vermögensgegenstand im Wert von insgesamt Fr. 2 000 000.— zu verschaffen. Zur Verwirklichung dieses Planes soll das Kapital der Gesellschaft, unter Ausgabe neuer Aktien, erhöht werden. Die neuen Aktien sollen wie die alten einen Nennwert von Fr. 1000.— erhalten. Dem Mehrwert der alten Aktien entsprechend, wird auf die neuen Aktien ein Agio erhoben. Dazu ist eine nach betriebswirtschaftlichen Gesichts-

⁷ OR 671, Ziff. 1 schreibt vor, daß dem Reservefonds unter anderem «ein bei der Ausgabe von Aktien nach Deckung der Ausgabekosten über den Nennwert hinaus erzielter Mehrerlös, soweit er nicht zu Abschreibungen oder zu Wohlfahrtszwecken Verwendung findet», zuzuweisen ist.

⁸ Staub § 186 HGB Anm. 5 führt dazu aus: «Die Fassung der § 186 und 279 ist insofern nicht ganz bestimmt, als sie dahin lautet, daß Einlagen «auf das Grundkapital» gemacht werden. Auch das ist Einlage, was auf das Agio über das Grundkapital hinaus verrechnet wird». Desgleichen Schlegelberger/Quassowski § 20 AG Anm. 3: «Sacheinlage ist nicht nur die Einlage auf das Grundkapital. Werden Aktien über pari ausgegeben, so kann auch die Leistung des Mehrbetrages durch Sacheinlagen geschehen». Vgl. auch Schlegelberger/Quassowski § 130 AG Anm. 6; Godin und Wilhelmi § 130 AG N 4.

⁹ Vgl. Anm. 7.

punkten vorzunehmende «Verhältnissbewertung» nötig¹⁰. Wir gehen davon aus, es werde ein Agio von 300% des Nennwertes erhoben. Der Gesamtnennwert der Neuemission für die Einlegung des vorgenannten Vermögenswertes beträgt demnach Fr. 500 000.—. Das Gesamt-
agio beläuft sich auf Fr. 1 500 000.—.

Die Bilanzen lauten dann:

Aktiven	Bilanz vor der Kapitalerhöhung		Passiven
Total der Aktiven	Fr. 5 000 000.—	Grundkapital	Fr. 1 000 000.—
		Reserven	» 4 000 000.—
	<u>Fr. 5 000 000.—</u>		<u>Fr. 5 000 000.—</u>

Aktiven	Bilanz nach der Kapitalerhöhung		Passiven
Total der Aktiven	Fr. 7 000 000.—	Grundkapital	Fr. 1 500 000.—
(alte Aktiven		(altes Grund-	
5 Mill. + 2 Mill.		kapital 1 Mill. und	
neue Aktiven)		Erhöhungskapital	
		½ Mill.)	
		Reserven	» 5 500 000.—
		(alte Reserve	
		4 Mill. + 1 ½ Mill.	
		neue Reserve)	
	<u>Fr. 7 000 000.—</u>		<u>Fr. 7 000 000.—</u>

Bei der soeben dargelegten Behandlung unseres Beispieles einer Sachkapitalerhöhung stellt das Agio eine *offene Reserve* dar. Die Zu-

¹⁰ Über Verhältnissbewertung vergleiche Fischer in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechtes (Leipzig 1916) 276 ff. Von den bei einer Kollektivgesellschaft gegebenen Verhältnissen ausgehend, definiert Fischer die Verhältnissbewertung als «die Verschiebung, die mit den Reinvermögen als den das Mitbesitzverhältnis darstellenden Konten, vorgenommen wird». Bei der Aktiengesellschaft ist nach Fischer 279 «für die Höhe der Einlage der kapitalisierte Ertragswert der Aktie maßgebend». Dieser Wert «liegt im Kurs der alten Aktien fertig vor... Dieser zunächst für die bisherigen Aktien geltende Maßstab der Ertragsfähigkeit wird auf die neuen Aktien übertragen, und danach wird deren Ausgabekurs, d. h. der auf sie einzulegende Betrag, bestimmt.»

weisung von Fr. 1 500 000.— an den Reservefonds kommt in der Bilanz in vollem Umfang zum Ausdruck.

Das Agio kann aber auch als *stille Reserve* behandelt werden. Nicht selten werden Illationsgegenstände gerade zum Betrage, zu dem sie auf das Grundkapital angerechnet werden, auch aktiv bilanziert¹¹. Wenn dabei der wirkliche Wert der Sache über dem Gesamtbetrag der Aktien, die dafür hingegeben werden, steht, so bildet sich eine stille Reserve. Diese stimmt in ihrer Höhe überein mit dem Mehrbetrag, um den der Sachwert den Nennwert übersteigt. Unter den oben gemachten Angaben unseres Beispiels würde sich diese Handhabung des Agios in der Bilanz folgendermaßen darstellen:

Aktiven	Bilanz nach der Kapitalerhöhung ¹²	Passiven
Total der Aktiven Fr. 5 500 000.— (alte Aktiven 5 Mill. + Bilanz- wert des Illations- gegenstandes ½ Mill.)	Grundkapital (altes Grund- kapital 1 Mill. und Erhöhungskapital ½ Mill.) Reserven	Fr. 1 500 000.— » 4 000 000.—
	<u>Fr. 5 500 000.—</u>	<u>Fr. 5 500 000.—</u>

Die mit der Kapitalerhöhung sich vollziehende neue Reservestellung von Fr. 1 500 000.— kommt in der Bilanz nicht zum Ausdruck. Es handelt sich um eine stille Reserve.

Die Aktienrechtsliteratur begnügt sich, wenn sie die Behandlung des Agios bei Sachliberierungen überhaupt erwähnt, mit diesen Feststellungen¹³. Die Literatur geht also nur von dem Tatbestand aus, daß der Wert des Illationsgegenstandes, in zwei Quoten aufgeteilt, sowohl zur Erbringung des Nennwertes der Aktien als auch zur Liberierung des Agios verwendet wird.

Der auf S. 69 f. ins Auge gefaßte Umgehungstatbestand ist jedoch etwas anders gestaltet. Nach ihm soll bei einer Kapitalerhöhung der Sachwert ausschließlich auf das Agio angerechnet werden, während

¹¹ Schlegelberger/Quassowski § 130 N 6.

¹² Die Bilanz vor der Kapitalerhöhung lautet gleich wie im ersten Fall.

¹³ Vgl. die Zitate vorn 71, Anm. 8.

der gesamte Nennwert der Neuemission in bar erbracht wird. Bei einer derartigen Kapitalerhöhung wird nicht nur der Wert des Illationsgegenstandes in das Vermögen der Gesellschaft eingelegt, sondern dazu noch Barmittel im Betrage des Gesamtnennwertes, um den das Grundkapital erhöht wird.

Bei dieser Abwandlung unseres Beispiels werden also zunächst 500 Baraktien emittiert. Diese Baraktien gelangen zu ihrem Nennwert zur Ausgabe; denn das notwendige Agio soll ja gesondert verrechnet werden. Auf Grund der Baraktien fallen der Gesellschaft Fr. 500 000.— zu. Ihr Vermögen vermehrt sich unter Zurechnung des neuen Sachwertes um insgesamt Fr. 2 500 000.—. Wendet man auf diesen Betrag die zur Bestimmung des Agios oben gewählte Verhältniszahl an, so gelangt man zum Schluß, daß das Grundkapital um nominell Fr. 625 000.— erhöht werden sollte. Die Erhöhung wird aber gleichwohl nur um Fr. 500 000.— vorgenommen. Die Differenz von Fr. 125 000.— wird am Wert des Illationsgegenstandes in Abzug gebracht. Dies ist deshalb erforderlich, weil andernfalls die Fr. 125 000.— Nennwert doch mit Sachwerten liberiert würden. Ermöglicht wird diese Herabsetzung des Wertes des Illationsgegenstandes dadurch, daß die Bareinlage und die Übereignung des Sachwertes zur Liberierung des Agios miteinander verkoppelte Maßnahmen sind.

Die Bilanz lautet in diesem Fall:

Aktiven	Bilanz nach der Kapitalerhöhung ¹⁴	Passiven
Total der Aktiven Fr. 7 500 000.— (alte Aktiven 5 Mill. und Bar- einlage $\frac{1}{2}$ Mill. und Sachwert 2 Mill.)	Grundkapital (altes Grund- kapital 1 Mill. und Erhöhungskapital $\frac{1}{2}$ Mill.) Reserven (alte Reserve 4 Mill. und neue Reserve 2 Mill.)	Fr. 1 500 000.— » 6 000 000.—
	<u>Fr. 7 500 000.—</u>	<u>Fr. 7 500 000.—</u>

¹⁴ Die Bilanz vor der Kapitalerhöhung lautet gleich wie im ersten hier behandelten Fall.

2. Die rechtliche Behandlung dieses Umgehungstatbestandes

Aktienemissionen, bei denen Baraktien und Apportaktien nebeneinander zur Ausgabe gelangen, bezeichnen wir als «gemischt»¹⁵.

Es lassen sich 3 Fälle von gemischter Emission unterscheiden:

1. Im Regelfall wird ein Teil der Aktien voll mit Sachwerten liberiert, der übrige Teil der Aktien ausschließlich durch Barzahlung. Unter diesen Umständen sind die Schutzvorschriften zweifellos anwendbar, und zwar weil ein Teil der Emission gegen Sachwerte erfolgt. Der Tatbestand von OR 628 I ist erfüllt.

2. Die Formalien über die qualifizierte Kapitalerhöhung müssen auch im folgenden Fall einer Sachkapitalerhöhung beobachtet werden:

Es wird vereinbart, daß die Liberierungsschuld für die *einzelne* Aktie zum Teil durch Barzahlung, zum Teil durch Übereignung von Sachwerten erbracht wird. Hier stehen nicht Baraktien neben Apportaktien, sondern es ist jede Aktie zum Teil Baraktie zum Teil Apportaktie. Die Emission muß gesamthaft als qualifiziert behandelt werden. Der Tatbestand von OR 628 I ist zweifellos auch erfüllt.

3. In unserem Umgehungstatbestand verhält es sich nun auch so, daß ein Teil der Liberierungsschuld in bar, der andere in Sachwerten geleistet wird. Dieser Tatbestand zeichnet sich jedoch durch folgende Besonderheit aus: Die Zurechnung des Sachwertes wird so vorgenommen, daß der volle Nennwert der gesamten Emission, wie auch jeder einzelnen Aktie, durch die Barzahlung gedeckt ist. Was auf das Grundkapital angerechnet wird, sind nur Barzahlungen. Entfällt damit die Pflicht, die Normativbestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung zu beachten?

Es ist zunächst festzustellen, daß auch in diesem Fall die Liberierung des Agios und des Nennwertes ein untrennbares Ganzes bilden. Dies gilt nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht. Beide Teilbeträge der Liberierungsschuld werden durch einen einheitlichen Vertragswillen zusammengehalten.

Die Zeichnung der Baraktien, die an sich ein selbständiges Rechtsgeschäft darstellt, erfolgt nur als Teilmaßnahme der Verwirklichung aller im Hinblick auf die Kapitalerhöhung getroffenen Vereinbarungen. Mit der Zeichnung der Baraktien verpflichtet sich der Zeichner zur Leistung des Nennwertes der Aktien. Er bestätigt damit aber zu-

¹⁵ In einem anderen Sinn bezeichnet man auch die Kombination von Sacheinlage und Sachübernahme als «gemischt» (A. Wieland 27, Anm. 5).

gleich seinen schon auf Grund interner Abmachungen bekundeten Willen, auch die als Agio behandelte zusätzliche Sachleistung zu erbringen. Andernfalls würde seine Zeichnung von der Gesellschaft gar nicht angenommen. Die Übernahme der Pflicht zur Leistung des Agios gehört zu den Emissionsbedingungen. Mit Wettstein¹⁶ kann man feststellen: «Der Ausgabebetrag setzt sich zusammen aus dem Nennwert der Aktie und einem eventuellen Agio. Die Verpflichtung zur Zahlung des Agios kann naturgemäß nur mit der Liberierung des Nennwertes verbunden sein.» Die Aktien werden als Gegenleistung für die Barzahlung und für die Übereignung der Sachwerte hingegeben.

Nun ist die Erbringung der Barleistung durch unsere Ordnung des Zeichnungsgeschäftes in hohem Maße sichergestellt. Es entspricht einem Grundsatz des Aktienrechtes, daß die durch Zeichnung begründete Beitragspflicht nach Abschluß des Vorganges der Gründung bzw. der Kapitalerhöhung unwiderrufbar wird. Diese Pflicht bleibt bestehen, auch wenn das Zeichnungsgeschäft rechtlich irgendwie nicht korrekt ist. Es können zum Beispiel Willensmängel vorliegen; solche Willensmängel werden durch die Handelsregistereintragung geheilt¹⁷. Auch bei einer verschleierten qualifizierten Kapitalerhöhung, die gegen OR 628 verstößt¹⁸, wird mit der Barzeichnung die Pflicht zur Erbringung der Barleistung auf alle Fälle begründet. Hingegen ist hier die Verabredung, wonach die Barleistung schließlich durch eine Sachleistung ersetzt werden soll, ungültig¹⁹.

Auch in unserem Umgehungstatbestand wird die Barliberierungspflicht rechtlich in eindeutiger Weise begründet. Für die Sicherung des Grundkapitals ist damit auch hier alles vorgekehrt, was bei jeder Barliberierung vom Gesetz als genügend erachtet wird. Das Grundkapital kann durch den vorliegenden besonders gestalteten Fall einer

¹⁶ S. 32.

¹⁷ Vgl. vorn 57.

¹⁸ Vgl. vorn 51, 62.

¹⁹ Die Verabredung nach der der Sachwert übereignet werden soll, fällt dabei nicht restlos dahin. Sie kann insofern noch Bedeutung erlangen, als die Einlegung des Sachwertes in das Vermögen der Gesellschaft auf die Barliberierungspflicht angerechnet wird. Diese Anrechnung erfolgt dann nicht zum Wert, den die Gesellschaft und der Apportant vereinbart haben, sondern zu einem objektiven Wert, den das Gericht für angemessen erachtet. In diesem Sinne verfuhr die Vorinstanz in jenem Falle der der BGE 64 II 281 ff. zugrundeliegt. Vgl. dazu A. Wieland 32/33.

gemischten Liberierung nicht beeinträchtigt werden. Denn das Erhöhungskapital ist ja schon durch die Barleistung sichergestellt.

Es erhebt sich darum die Frage, ob man es mit dieser Sicherung für den Bestand des Grundkapitals genügen lassen kann, oder ob man für die Erbringung des Agios noch besondere Garantien verlangen soll.

Bei den andern zwei Fällen gemischter Emissionen tritt diese zusätzliche Sicherung ohne weiteres ein. Auch wenn nur ein Teil der neuemittierten Aktien gegen Sacheinlagen hingegeben wird, so ist gleichwohl die ganze Kapitalerhöhung als qualifiziert zu behandeln. Dasselbe gilt für den Fall, daß die Liberierungsschuld derselben Aktie zum Teil in bar, zum Teil in Sachwerten erbracht wird.

Aus dieser Ordnung der Dinge läßt sich aber nicht der allgemeine Schluß ableiten, bei gemischten Emissionen sei auch die Liberierung des Agios mit Sachwerten ein Vorgang, der die Anwendung der Schutzbestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung immer erforderlich mache. Denn in diesen zwei Fällen wäre eine andere Lösung gar nicht denkbar. Die Sachwerte werden hier nämlich nicht nur auf das Agio, sondern auch auf das Grundkapital angerechnet. Die Anrechnung auf den Nennwert und auf das Agio der Emission ist nicht geschieden. Auch wenn man nur das Grundkapital in seinem Bestand sichern will, so muß man doch die Schutzbestimmungen für die ganze Kapitalerhöhung einhalten. Die zusätzliche Sicherung für die Deckung des Agios muß in diesen Fällen von selber eintreten. Mit dem Verweis auf diese zwei anderen Fälle von gemischter Liberierung ist somit nichts bewiesen.

Das Erfordernis der zusätzlichen Sicherung kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn durch die Kautelen des Gesetzes nicht nur das Grundkapital, sondern dazu noch die weitere Vermögensbasis der Gesellschaft gewährleistet sein soll.

Unmittelbares Schutzobjekt der Gründungs- und Kapitalerhöhungskautelen ist zweifellos das Grundkapital. Mittelbar geht es jedoch um den Schutz aller Interessen, die sich mit der Gesellschaft verbinden²⁰. Diese Vorschriften stellen eine allgemeine Regelung von «Abreden, die erfahrungsgemäß für die Gesellschaft gefährlich sind»²¹ dar.

Der Schutz des Grundkapitals allein genügt nicht zur Erreichung eines vollen Schutzeffektes.

²⁰ Vgl. vorn 12.

²¹ Cosak 720.

Die Schutzbestimmungen von OR 628 zuzüglich Ergänzungsbestimmungen stellen ein Stück Minderheitenschutz dar. Die Mitaktionäre können durch eine mangelhafte Leistung des Agios in ihren legitimen Ansprüchen beeinträchtigt werden. Sollte der Sachwert, der auf das Agio angerechnet wird, zu hoch bewertet worden sein, so kaufen sich die Apportanten nicht gebührend in ihre Rechte als Gesellschafter ein. Es kann ein Verstoß gegen das Gebot der Gleichbehandlung der Gesellschafter vorliegen²².

Vom Standpunkt der Gläubiger aus gesehen, kann gegen eine unkontrollierte, unveröffentlichte Erbringung des Agios folgendes eingewendet werden: Dem Gebot der Mindesthaftung ist zwar mit der Sicherstellung der Barzahlung in der Höhe des Nennwertes Genüge geleistet. Aber schließlich haftet die Aktiengesellschaft doch mit ihrem ganzen Vermögen für ihre Schulden. Das Grundkapital stellt oft nur einen kleinen Teil des Gesellschaftsvermögens dar. Es gibt Gesellschaften, bei denen die Aktien einen Kurs erreicht haben, der um ein Vielfaches über dem Nennwert steht. Der Betrag des Nennwertes des Aktienkapitals allein stellt für die Verbindlichkeiten einer derartigen Gesellschaft eine geringfügige Garantie dar. Es kann darum für die Gläubiger nicht gleich sein, was mit dem Vermögen, das durch die Grundkapitalziffer nicht gebunden ist, geschieht. Durch eine schwindelhafte Kapitalerhöhung, bei der der Sachwert nur auf das Agio angerechnet wird, könnte dieses Vermögen ebensolche Minderungen erfahren wie bei einer anders gestalteten qualifizierten Kapitalerhöhung.

Wie in anderem Zusammenhang noch näher dargelegt werden soll²³, spielt aber die Idee des Minderheitenschutzes bei der qualifizierten Kapitalerhöhung eine geringe Rolle. Der Minderheitenschutz wird hier nicht als besonders wichtig erachtet. Das Bezugsrecht der Aktionäre kann ja durch Generalversammlungsbeschluß oder auf Grund statutarischer Bestimmung aufgehoben werden²⁴. Eine Einschränkung des maximalen Schutzes, den die Aktionäre nach OR 628 für sich in Anspruch nehmen könnten, ließe sich darum rechtfertigen.

Auch mit Rücksicht auf die Interessen der Gläubiger ließe sich eine einschränkende Auslegung von OR 628 vertreten. Denn bei der Kapi-

²² K. Wieland II § 109.

²³ Vgl. hinten 119 ff.

²⁴ OR 652.

talerhöhung tritt nach Rauch 112 «der die Gründung beherrschende Gedanke der Kapitalsicherung . . . zurück». Nach Wettstein 32, untersteht «. . . die Pflicht zur Zahlung des Agios im Verhältnis zu den Gläubigern nicht so strengen Schutzvorschriften, wie die Leistung des Aktiennennwertes». Zum Beweis dafür weist dieser Autor a. a. O. darauf hin, daß zum Beispiel Inhaberaktien ausgegeben werden können, «sobald der Nennwert voll einbezahlt worden ist; das Agio kann noch ausstehend sein. — —»

Und doch kann man diese Art der verschleierte Apportkapitalerhöhung selbst bei restriktiver Interpretation von OR 628 nicht als legal bezeichnen. Denn bei diesem Tatbestand ist es gerade so, daß der Apportverschleierungsvertrag während der Zeit der Kapitalerhöhung begründet wird. Die Einlegung des Sachwertes wird zu einer Zeit vereinbart, in der die Kapitalerhöhung noch nicht ins Handelsregister eingetragen ist. Wenn der Sachwert nicht in Erfüllung der mit der Aktienzeichnung begründeten Liberierungsschuld übereignet wird, so erfolgt seine Übertragung an die Gesellschaft rein tatsächlich. Die Übernahme des Sachwertes ist nicht in ein Erwerbsgeschäft der Gesellschaft gekleidet und kann darum nicht als Maßnahme der ordentlichen Betriebsführung geltend gemacht werden.

OR 628 ist auch dann verletzt, wenn die Übereignung des Vermögenswertes durch einen Mittelsmann erfolgt. In diesem Fall liegt eine Sachübernahme vor²⁵.

B. Einlegung von Sachwerten in das Vermögen einer Tochtergesellschaft gegen junge Aktien der Muttergesellschaft

Das Reichsgericht hatte sich in der Entscheidung RGZ 87 Nr. 69 mit folgendem Tatbestand zu befassen:

Der Eigentümer eines Handelsgeschäftes einigt sich mit einer Holdinggesellschaft dahin, ihr sein Geschäft gegen Gewährung von 690 jungen Aktien derselben zu übertragen.

Gestützt auf diese Abmachung, nimmt die Holdinggesellschaft eine Kapitalerhöhung vor. Sie gliedert sich ferner eine neue Tochtergesellschaft an, die dazu bestimmt ist, als Betriebsgesellschaft das übernommene Handelsgeschäft weiterzuführen.

Nach den endgültigen Vertragsschlüssen übereignet der Eigentümer des Handelsgeschäftes diese an die Tochtergesellschaft. Für

²⁵ Vgl. vorn 40 ff.

die «Abgeltung des Kaufpreises» wird auf die «besondere Abrechnung» verwiesen (gemeint sind die Vereinbarungen, die mit der Muttergesellschaft getroffen worden sind). Auf Grund der Einigung mit der Muttergesellschaft erhält der frühere Eigentümer des Handelsgeschäftes als Gegenleistung 680 Aktien der Muttergesellschaft und 10 Aktien der Tochtergesellschaft²⁶. Diese Aktien zeichnet er jedoch nicht selber. Die Zeichnung erfolgt durch eine Bank, die jedoch gehalten ist, die Aktien dem früheren Eigentümer des Handelsgeschäftes zukommen zu lassen.

Das Reichsgericht führt zu diesem Tatbestand auf S. 341 des zitierten Bandes aus; «Die Auflassung der Fabrik an die Ceres-Gesellschaft (die Tochtergesellschaft) stellt die Einlage des Klägers (des Inhabers des Handelsgeschäftes) dar». Hierbei geht das Reichsgericht von der im deutschen Recht herrschenden erweiterten Fassung von Begriff und Wesen der Sacheinlage aus²⁷. Danach steht der Umstand, daß eine Bank als Zeichnerin auftritt, der Annahme einer Sacheinlage nicht entgegen. Nach der vorn dargelegten Anschauung erscheint nach schweizerischem Recht die Bank als Erstaktionärin. Die ausdrücklich als Verkauf behandelte Übereignung des Geschäftes an die Tochtergesellschaft würde eine Sachübernahme darstellen.

Mit Bezug auf die Tochtergesellschaft ist der Tatbestand der qualifizierten Gründung mit Sachübernahme gegeben.

Was uns speziell interessiert ist jedoch, daß mit Bezug auf die Muttergesellschaft, trotz des Zusammenwirkens mit der Tochtergesellschaft, eine qualifizierte Kapitalerhöhung vorliegt. Der enge wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Übereignung des Vermögenswertes an die Tochtergesellschaft und der indirekten Übernahme von jungen Aktien der Muttergesellschaft ist auch rechtlich erfaßbar. Die festen vertraglichen Abmachungen, die vor der Kapitalerhöhung mit der Muttergesellschaft getroffen wurden, ergeben alle wünschbaren Unterlagen, um das Vorliegen einer Sachkapitalerhöhung auch in rechtlicher Hinsicht zu beweisen.

²⁶ Im konkreten Streitfall ging die Muttergesellschaft auch noch eine Einlösungsgarantie ein, wonach sie bereit war, die vom Veräußerer übernommenen Aktien nach Ablauf einer bestimmten Zeit zu einem festgelegten Kurs einzulösen. Der Prozeß ging dann im wesentlichen um die Frage, ob diese Einlösungsgarantie zu einer verbotenen Rückforderung der Einlage führe. Uns interessiert der Tatbestand hinsichtlich der Frage, ob er eine qualifizierte Kapitalerhöhung darstelle.

²⁷ Vgl. vorn 45 f.

Es erscheint gerechtfertigt, auch bei einem derartigen Zusammenwirken von Mutter- und Tochtergesellschaft²⁸ die Schutzbestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung zur Anwendung zu bringen. Es kann so dazu beigetragen werden, daß die Aktionäre der Muttergesellschaft sich nicht ungebührliche Vorteile in den Tochtergesellschaften verschaffen²⁹.

§ 8. Die Gewährung von besonderen Vorteilen

I. Begriff und Wesen der besonderen Vorteile

Besondere Vorteile sind außerordentliche Vergünstigungen, die an Aktionäre oder Dritte persönlich als Entgelt für deren Mitwirkung bei der Kapitalerhöhung gewährt werden¹.

Besondere Vorteile bestehen, auch wenn sie einem Aktionär zugesprochen werden, *unabhängig vom Aktienbesitz*. Sie kommen ausschließlich der Person des Begünstigten zu². Oft sind sie in besonderen Urkunden, wie Gründeranteilscheinen oder Genußscheinen verkörpert.

Besondere Vorteile stellen nicht sosehr eine äquivalente Gegenleistung der Gesellschaft dar, sondern haben allgemein den Charakter von *außerordentlichen Zuwendungen*. Das gilt vorab für die Kapitalerhöhung. Bei der Gründung ist nach schweizerischem Recht auch der Gründungsaufwand unter den Gründervorteilen zu berücksichtigen³. Die für die Kapitalerhöhung getätigten ordentlichen Aufwendungen sind jedoch der allgemeinen Geschäftsführung der Gesellschaft zuzurechnen⁴. Als besonderer Vorteil, der bei der Kapitalerhöhung gewährt wird, kommen daher nur Zuwendungen in Frage, die für die Erweisung von speziellen Diensten gemacht werden. Man denke an die Vermittlung von Zeichnungsinteressenten usw.

²⁸ Der Tatbestand ließe sich leicht abwandeln: Es könnten nur Aktien der Muttergesellschaft nicht auch solche der Tochtergesellschaft als Gegenleistung an die Inferenten übertragen werden. Es könnte die Einlegung des Vermögenswertes in eine bereits bestehende Tochtergesellschaft erfolgen usw.

²⁹ Siegwart Einleitung N 165.

¹ In ihrem Vorkommen bei der Gründung bezeichnet man diese Vorteile als «Gründervorteile».

² K. Wieland II 35.

³ Wehrli 30; Geilinger 81.

⁴ Schmid 50. Nach deutschem AG § 155 Abs. 2 ist eine Kostenrechnung beizulegen.

Die Zusprechung von besonderen Vorteilen erfolgt auf Grund der Mitwirkung bei der Kapitalerhöhung und somit in zeitlichem Zusammenhang mit dieser Maßnahme. Besondere Vorteile können außer bei der Kapitalerhöhung nur noch bei der Gründung gewährt werden. Das gilt nach K. Wieland II 35, für die korporativen Vorteile in absoluter Weise. Individualrechtliche Vorteile können auch im Rahmen der ordentlichen Geschäftsführung begründet werden. Insofern es sich hiebei aber um die Honorierung von Diensten handelt, die bei der Kapitalerhöhung geleistet wurden, so liegt eine widerrechtliche Umgehung von OR 628 Abs. 3 vor. Die Analogie zur Umgehung der Vorschriften über Sacheinlagen und Sachübernahmen liegt auf der Hand. Das führt zur Frage in welchem Verhältnis Sacheinlage, Sachübernahme und besondere Vorteile zueinander stehen.

II. Das Verhältnis zwischen besonderen Vorteilen, Sacheinlagen und Sachübernahmen

Vielfach wird in der Überwertung von Sacheinlagen und Sachübernahmen die verdeckte Gewährung eines besonderen Vorteils erblickt⁵, dies vor allem dann, wenn die Gegenleistung der Gesellschaft in einem offensichtlichen, krassen Mißverhältnis zum Wert des Illationsgegenstandes steht⁶.

Werden die Normativbestimmungen über die Gewährung besonderer Vorteile auf diese Weise umgangen, so wiegt diese Unterdrückung der Schutzvorschriften nicht sehr schwer. Sie ist ja nur durch Verletzung der Vorschriften über die richtige Bewertung und Anrechnung von Illationsgütern möglich. Die Beteiligten haften darum schon auf Grund des Prospektes und des Berichtes der Verwaltung. Die Frage, ob sie auch noch nach OR 628 III zur Verantwortung gezogen werden sollen, ist mehr von theoretischem Interesse; denn die Publizitäts- und Haftungsbestimmungen sind für alle drei Qualifikationstatbestände von OR 628 gleichgerichtet und in ihrer Tragweite gleichwertig⁷. Wie im Verhältnis zwischen Sacheinlagen und Sachübernahmen⁸ genügt es darum auch hier, wenn man sich an die in Erscheinung tretende äußere Form hält. Die Beteiligten sind darum bei ihrer Erklärung, eine Sacheinlage beziehungsweise eine Sach-

⁵ Wehrli 35 ff.; Siegwart Art. 628 N 23; anderer Meinung Schultheß 103.

⁶ Vgl. dazu insbesondere Wehrli 36.

⁷ Vgl. vorn 11.

⁸ Vgl. vorn 40 ff.

übernahme vorzunehmen, zu behaften⁹. Sie haben sich wegen Überbewertung der Illationsgegenstände, nicht wegen der Unterdrückung der gesetzlichen Bestimmungen über die Gewährung besonderer Vorteile zu verantworten¹⁰. Dem entspricht auch OR 753, wo unvollständige und unrichtige Angaben über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile der Verschweigung und Verschleierung dieser Maßnahmen als in gleicher Weise haftungsbegründend an die Seite gestellt werden¹¹.

Die Bestimmungen über die Gewährung besonderer Vorteile können aber auch in der Weise umgangen werden, daß der besondere Vorteil außerhalb des Rahmens der Kapitalerhöhung der begünstigten Person zugehalten wird¹². So kann das Honorar für geleistete Dienste vor oder nach der Kapitalerhöhung, gegebenenfalls in Erfüllung einer fiktiven Schuld, also im Rahmen eines individualrechtlichen Geschäftes, übertragen werden. Solche Umgehungen stellen regelmäßig Verletzungen des Gesetzes dar; denn besondere Vorteile können eben, außer bei der Kapitalerhöhung, nur noch anlässlich der Gründung gewährt werden.

§ 9. Die Rechtsfolgen der fehlerhaften qualifizierten Kapitalerhöhung

I. Die Auflösung der Gesellschaft

Daß die gesetzliche Regelung für die Gründung grundsätzlich für die Kapitalerhöhung nicht übernommen werden kann, ergibt sich besonders bei Betrachtung von OR 643 III. Hier heißt es: «Sind jedoch bei der Gründung gesetzliche oder statutarische Vorschriften mißachtet und dadurch die Interessen von Gläubigern oder Aktio-

⁹ Gleicher Meinung A. Wieland 39.

¹⁰ Gleicher Meinung, jedoch mit anderer Begründung, Schultheß 103. Wie Wehrli 93 ff. feststellt, gibt es bei der Gründung keine besondere Haftung wegen Überbewertung von Sacheinlagen. Die Haftung kann hier konstruiert werden auf Grund der Haftung für den Gründerbericht, also nur bei der qualifizierten Sukzessivgründung. Bei der Kapitalerhöhung ist diese Haftung immer gegeben; denn der Bericht der Verwaltung, der dem Gründerbericht entspricht, ist bei jeder qualifizierten Kapitalerhöhung zu erstatten (vgl. hinten 95).

¹¹ Vgl. Ziffer I des genannten Art.

¹² Siegart Art. 628 N 71.

nären in erheblichem Maße gefährdet oder verletzt worden, so kann der Richter auf Begehren solcher Gläubiger oder Aktionäre die Auflösung der Gesellschaft verfügen.»

Die Möglichkeit einer derartigen Auflösung wegen Mängeln, die bei einer Kapitalerhöhung vorgekommen sind, erscheint als eine viel zu weit gehende Sanktion¹. Es besteht kein Grund, die Gesellschaft der Gefahr einer Auflösung auszusetzen. Eine Auflösung würde vielleicht im Interesse der neuen Aktienzeichner liegen. Mit der Gesellschaft verbinden sich jedoch vielfältige Interessen schon aus der Zeit vor der Kapitalerhöhung. Diese könnten durch die Auflösung in hohem Maße beeinträchtigt werden, was nicht gerechtfertigt wäre². Zum Schutze des Personenkreises, der durch die Maßnahme der Kapitalerhöhung speziell betroffen wird, dürfen nur jene Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Kapitalerhöhung selbst stehen, zum Gegenstand einer Klage gemacht werden. Das erscheint geboten im Interesse eines gleichmäßigen Schutzes aller am Schicksal der Gesellschaft beteiligten Personen.

II. Nichtigkeit der Kapitalerhöhung

Wollte man die Auflösungsklage, die nach OR 643 III bei der Gründung gegeben ist, streng analog auf den Fall der Kapitalerhöhung übertragen, so müßte die Maßnahme der Kapitalerhöhung als Ganzes rückgängig gemacht werden können. Man müßte die Möglichkeit anerkennen, die Kapitalerhöhung nichtig zu erklären.

Dem steht jedoch der fundamentale Grundsatz unseres Rechtes entgegen, wonach die Eintragung in das Handelsregister heilend wirkt. Die einmal ins Handelsregister eingetragene Kapitalerhöhung behält unter allen Umständen ihre Gültigkeit. Die Möglichkeit einer Teilauflösung erscheint nur richtig, wenn man von der Ansicht ausgeht, mit der Kapitalerhöhung verbinde sich eine teilweise Neugründung. Diese Anschauung ist jedoch überwunden worden³.

¹ Die gegenteilige Ansicht kommt, allerdings in modifizierter Fassung, bei Schultheß 79, Anm. 114 zum Ausdruck. Hier heißt es: «Nach teilweiser Auffassung hat die Nichtigkeit der Kapitalerhöhung die Nichtigkeit der Gesellschaft zur Folge, wenn notwendige Untrennbarkeit besteht zwischen Gründung und Kapitalerhöhung».

² Siegwart Art. 650 N 45.

³ Vgl. vorn 18 ff.

Die Maßnahme der Kapitalerhöhung als Ganzes kann darum nicht nichtig erklärt werden.

Und doch ist es um die Rechtsmittel, die im Falle einer fehlerhaften qualifizierten Kapitalerhöhung ergriffen werden können, nicht so schlecht bestellt. Richtigerweise muß man unterscheiden zwischen der Begründung der Kapitalerhöhung als solchen und der Begründung der Verträge betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen⁴.

III. Unwirksamkeit, Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen

A. Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile können nur dann nichtig erklärt werden, wenn sie als solche rechtlich wirksam begründet worden sind⁵. Nach früher gemachten Feststellungen⁶ liegen Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile bei der Kapitalerhöhung nur dann vor, wenn die bezüglichen Verträge während des Kapitalerhöhungsverfahrens begründet werden. Der in aller Form neben der Barerhöhung abgeschlossene Apportverschleierungsvertrag kann keine Sacheinlage bzw. Sachübernahme begründen. Er steht rechtlich außerhalb des Kapitalerhöhungsgeschäftes und ist als Geschäftsführungsakt zu betrachten. Darum interessiert er uns hier nicht weiter.

Anders die Vereinbarung, auf Grund deren die rein tatsächliche Übertragung des Sachwertes an die Gesellschaft erfolgte. Diese Vereinbarung ist als *unwirksam* zu behandeln⁷. Insbesondere vermag sie nicht, die Barleistungspflicht aufzuheben. Wohl können die erfolgten Sachleistungen auf die Barliberierungspflicht angerechnet werden⁸. Doch ist hiezu der Abschluß eines neuen Erwerbsgeschäftes der Gesellschaft nötig. Dieser Vertrag ist rein individualrechtlicher Natur. Das körperschaftsrechtliche Geschäft ist in der Zeichnung und Überweisung von Baraktien enthalten. Die Sachleistung erfolgt nicht an Erfüllungs-Statt, sondern nur erfüllungshalber⁹.

⁴ Vgl. dazu die auf S. 32 herangezogenen Ausführungen Gadows über die Unterscheidung der Entstehung der Gesellschaft und der Begründung der Verträge.

⁵ Schlegelberger/Quassowski § 150 AG III B 4.

⁶ Vgl. vorn 51.

⁷ Schlegelberger/Quassowski § 150 AG III 3.

⁸ BGE 64 II 281.

⁹ A. Wieland 32/33.

Vor der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister begründete Verträge betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile haben zur Folge, daß die Eintragung der Bar-Kapitalerhöhung vom Handelsregisteramt abgelehnt werden muß.

B. Werden die Vereinbarungen betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile als solche in die Statuten aufgenommen, so sind sie als wirksam begründet zu erachten. Auch so können jedoch diese Maßnahmen noch fehlerhaft sein. Die Sachwerte können überbewertet, die besonderen Vorteile übersetzt sein. Die Maßnahmen wurden im Gründerbericht oder im Prospekt nicht gehörig publiziert. Man hat es unterlassen, die nach unserem positiven Recht erforderliche qualifizierte Abstimmung vorzunehmen, oder es wurde das vorgeschriebene Quorum nicht erreicht usw. Je nach der Art dieser Mängel können die Maßnahmen nichtig oder wenigstens anfechtbar sein.

Wird auf *Nichtigkeit* erkannt, so fällt die Sacheinlage, Sachübernahme oder der besondere Vorteil dahin. Die bezüglichlichen Vereinbarungen sind gegenüber der Gesellschaft unwirksam. Aber auch die Inferenten und die begünstigten Personen können sich auf diese Unwirksamkeit berufen. Doloses Verhalten schließt allerdings diese Möglichkeit aus¹⁰.

Das bereitet für Sachübernahmen und besondere Vorteile keine Schwierigkeiten. Bei der Sacheinlage ist jedoch zu beachten, daß mit dem Sacheinlagevertrag auch die Liberierungsschuld verknüpft ist. Die Liberierung des Aktienkapitals muß aber auf alle Fälle sichergestellt sein. Darum verwandelt sich bei Nichtigkeit der Sacheinlage die Sachliberierungspflicht in eine Barliberierungspflicht. Im übrigen verhalten sich die Dinge hier gleich wie im Falle, wo die Übertragung des Vermögenswertes an die Gesellschaft rein tatsächlich erfolgte¹¹: Durch einen neuen Vertrag kann der Sachwert durch die Gesellschaft erworben werden. Die Kaufpreisforderung kann, wie beim Apportverschleierungsvertrag, mit der Liberierungsschuld verrechnet werden.

C. Liegt kein besonderer, schwerer Mangel vor, so kann die Sacheinlage, die Sachübernahme oder der besondere Vorteil nur *anfechtbar* sein. In diesen Fällen kann durch Behebung des Mangels dem Gesetz Genüge geleistet werden.

¹⁰ Schlegelberger/Quassowski § 150 AG III A.

¹¹ Vgl. vorn 79.

Zusammenfassung für das zweite Kapitel

1. Die Erörterung der Rechtsnatur der Bestimmungen von OR 628 haben gezeigt, daß es sich hierbei um Normen zwingenden Rechtes mit Gebotscharakter handelt. Gestalten die Privaten die Kapitalerhöhung als qualifizierte Kapitalerhöhung aus, so genießen sie mancherlei Vorteile. Darin äußert sich die rechtsgewährende Funktion dieser Bestimmungen.

2. Doch steht es den Privaten völlig frei, die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit dieser Normen zu setzen. Ob diese Voraussetzungen gegeben sind, bestimmt sich rein formal. Erst wenn ein Sacheinlage- oder ein Sachübernahmevertrag oder eine vertragliche Vereinbarung über die Gewährung eines besonderen Vorteils in aller Form vorliegen, besteht jene Pflicht zur Beobachtung der Formalien. Es geht nicht an, diese Pflicht schon auf Grund wirtschaftlicher Gegebenheiten und innerer Motive der Beteiligten zu statuieren. Diese mangelhaften Kriterien haben eine Rechtsunsicherheit zur Folge, die vermieden werden muß. Rechtspolitisch ist unser Ergebnis deshalb sehr gut vertretbar, weil die Kautelen für die Barliberierung durch die Revision des OR von 1936 und durch die HReg. VO von 1937 so gut ausgebaut worden sind, daß sie jede wünschbare Garantie zum Schutze der gefährdeten Interessen gewähren. Statt einer formgerechten qualifizierten Kapitalerhöhung kann man darum auch eine Barerhöhung vornehmen und den Illationsgegenstand entweder im voraus (Schaffung des Verrechnungstatbestandes der Verordnung) oder nachträglich (Analogie zur Nachgründung) im Rahmen eines individualrechtlichen Veräußerungsgeschäftes an die Gesellschaft übertragen. Eine unzulässige Unterdrückung der Formalien der qualifizierten Kapitalerhöhung ist erst dann gegeben, wenn der Illationsgegenstand ohne Rechtsgrund, sei es gegen eine verheimlichte Rückerstattung der Liberierungsvaluta oder in ausschließlicher Anrechnung auf das Agio der Emission tradiert wird.

3. Geht eine qualifizierte Kapitalerhöhung nicht in Ordnung vor sich, so kann nicht die Kapitalerhöhung als Ganzes unwirksam sein. Hingegen unterstehen die einzelnen Maßnahmen (Sacheinlage, Sachübernahme, besonderer Vorteil) der Nichtigkeits- bzw. Anfechtungsklage.

Drittes Kapitel

Die Normen im Einzelnen

§ 10. Besondere Voraussetzungen der qualifizierten Kapitalerhöhung

I. Das autorisierte Kapital

Dieses Rechtsinstitut stellt sich dar, als eine statutarische Ermächtigung, auf Grund deren die Verwaltung zu gegebener Zeit und eventuell unter näher bestimmten Voraussetzungen zur Vorbereitung der Kapitalerhöhung schreiten kann¹. Die statutarische Ermächtigung ist oft schon in den ursprünglichen Statuten enthalten. Sie kann aber auch auf einem später erfolgten Statutenänderungsbeschluß beruhen. Ihr Inhalt kann die künftig erfolgende Kapitalerhöhung in mehr oder weniger weit gehendem Maße bestimmen. Die Generalversammlung muß jedoch bei der definitiven Festlegung des neuen Kapitals notwendigerweise mitwirken. Ihr Placet zu den von der Verwaltung getroffenen Maßnahmen bleibt also immer vorbehalten².

Für uns stellt sich die Frage, welche Bedeutung eine Bezugnahme der statutarischen Autorisation auf Sacheinlagen, Sachübernahmen und auf besondere Vorteile haben kann.

Für die künftig vorzunehmende Statutenänderung als Ganzes hat die statutarische Autorisation keine konstitutive Bedeutung. Sie ist weniger bedeutungsvoll als der Kapitalerhöhungsbeschluß. Es handelt sich nicht um eine suspensiv bedingte Statutenänderung, wie beim Kapitalerhöhungsbeschluß statutenändernder Qualität. Die Statutenänderung muß erst noch durch die Generalversammlung beschlossen werden³. Der Meinung Siegwarts Art. 650 N 29, je nach dem Umfang der statutarischen Autorisation liege der Kapitalerhöhungs-

¹ v. Steiger 278; v. Salis 117, 211 ff. 241 ff.

² v. Salis 117.

³ Thalmann, Steno.Bull. (Ständerat 1931) 356 bringt dies in folgendem Passus zum Ausdruck: Rechtlich werden auch solche Emissionen indessen auch nach bisherigem Recht nur wirksam, wenn die *Erhöhung* des ausgegebenen Kapitals im Wege der Statutenänderung *beschlossen*, Zeichnung und Einzahlung der neuen Aktien durch Beschluß festgestellt und auf Grund dieser Beschlüsse die Kapitalerhöhung und Statutenänderung im Handelsregister eingetragen wurden».

beschluß gegebenenfalls schon in dieser Autorisation selbst, kann nur unter diesem Vorbehalt beigetreten werden. Die später erfolgende Mitwirkung der Generalversammlung, die auch nach Siegwart unerläßlich ist, beschränkt sich nicht auf die Feststellung der erfolgten Kapitalerhöhung. Die Befugnis zur Statutenänderung ist eine Befugnis der Generalversammlung, die ihr nicht entzogen werden kann. Die Generalversammlung kann sie auch nicht delegieren⁴.

Die juristisch vor allem relevante Bedeutung der statutarischen Autorisation besteht demnach darin, daß die Verwaltung bei der Vorbereitung der Kapitalerhöhung im Rahmen eines Auftrages handelt und nicht als Geschäftsführerin ohne Auftrag. Diese Feststellung bedarf jedoch noch folgender Präzisierung.

Bei den autorisierten Vorbereitungshandlungen der Verwaltung kann man nach v. Salis⁵ unterscheiden zwischen solchen, die der Bestimmung der Emissionsmodalitäten und solchen, die der Bestimmung der Statutenänderung dienen. Für die Bestimmungen der Emissionsmodalitäten hat die Ermächtigung die Bedeutung einer Vollmachterteilung; für die Bestimmung der Statutenänderung besteht ein Genehmigungsvorbehalt zugunsten der Generalversammlung. Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile sind Belange, die in der Statutenänderung besonders zum Ausdruck kommen. Sie gehören zum Inhalt der Statutenänderung⁶. Darum können sie nicht im Rahmen einer Vollmachterteilung der definitiven Bestimmung durch die Verwaltung überlassen werden. Werden sie in der statutarischen Autorisation erwähnt, so hat dies nur die Bedeutung, daß die Verwaltung auch hinsichtlich dieser Materien im Rahmen eines Auftrages der Generalversammlung handelt. Sie kann jedoch nur Vorbereitungsmaßnahmen treffen⁷. Die eigentliche Konstitution dieser Maßnahmen bleibt der Generalversammlung vorbehalten. Diese nimmt

⁴ OR 698 Ziff. 1 und Ziff. 5.

⁵ 244f.

⁶ Anders nach der im französischen Recht herrschenden Auffassung (v. Salis 225).

⁷ Nach Siegwart Art. 650 N 28 muß die qualifizierte Kapitalerhöhung in einem besonderen Beschluß von der Generalversammlung dekretiert werden. Unseres Erachtens kann natürlich die Verwaltung, um gedeckt zu sein, eine derartige spezielle Ermächtigung der Generalversammlung einholen. Es muß ihr aber die Möglichkeit offen stehen, auf eigene Verantwortung zu handeln. Das ergibt sich schon aus Analogie zum Simultanverfahren, wo die Verwaltung auch Sacheinlagen und Sachübernahmen selbständig bedingt begründen kann (vgl. hinten 129 ff.).

dazu, nach der herrschenden Auffassung, ausdrücklich und gesondert Stellung (OR 650 II in Verbindung mit OR 636).

Anders bei Maßnahmen, die, weil sie für die Statutenänderung nicht relevant sind, der endgültigen Bestimmung durch die Verwaltung übertragen werden können. Hier ist die Verwaltung an die in der statutarischen Autorisation verkörperte Auftragserteilung gebunden. Diese Maßnahmen werden durch die Verwaltung selbst begründet, allerdings bedingt durch den ungewissen Umstand, ob die Kapitalerhöhung als Ganzes überhaupt zustandekommt. Die Generalversammlung muß zu diesen Maßnahmen nicht besonders Stellung nehmen, sie befindet über die Kapitalerhöhung als Ganzes.

Als Gegenstück sei hier auf das «genehmigte Kapital» des deutschen Rechtes verwiesen⁸. Hier kann die Ermächtigung auch die Begründung von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen umfassen. Dabei können diese Maßnahmen in der Statutenbestimmung selbst im einzelnen festgelegt werden, oder aber auch der Bestimmung durch den Vorstand überlassen werden. Vorbehalten bleibt allerdings die Zustimmung des Aufsichtsrates. Die Ermächtigung reicht beim genehmigten Kapital weiter als bei unserer Form des autorisierten Kapitals. Die statutarische Klausel des genehmigten Kapitals stellt selbst schon die Statutenänderung dar⁹.

II. Der Erhöhungsbeschluß nicht statutenändernder Natur

Mitunter wird von der Generalversammlung auch ein Beschluß auf Vornahme einer Kapitalerhöhung gefaßt, der den Voraussetzungen von OR 653 I nicht genügen soll¹⁰. Er bildet nicht den Gegenstand einer öffentlichen Verurkundung und wird dem Handelsregisteramt zur Eintragung in das Handelsregister nicht eingereicht. Einem derartigen Beschluß kann keine statutenändernde Qualität zukommen. Und doch ist er nicht etwa wegen Formmangels als nichtig oder anfechtbar zu bezeichnen; denn er ist gar nicht darauf angelegt, eine

⁸ Schmid 49f.; v. Salis 229ff.

⁹ v. Salis 215 bezeichnet die spezifisch schweizerische Art der Autorisation, die lediglich im Verhältnis zwischen Generalversammlung und Verwaltung ihren Wirkungsbereich hat, als «gesellschaftsintern». Er stellt sie in Gegensatz zur gesellschaftsexternen Autorisation der angloamerikanischen Rechte. In diesen Rechten wird die Autorisation nach außen kundbar gemacht und vermag auch im Verhältnis zu Dritten Wirkungen zu äußern.

¹⁰ v. Salis 117.

Statutenänderung im Sinne des gesetzlich festgelegten Kapitalerhöhungsbeschlusses herbeizuführen. Es handelt sich um einen Akt der Geschäftsführung, der, seiner besonderen Bedeutung wegen, von der Generalversammlung ausgeht. Für Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile kann ein derartiger Beschluß, auch wenn er ausdrücklich darauf Bezug nimmt, keinerlei konstitutive Bedeutung haben. Hingegen bewirkt auch ein solcher Beschluß, daß die Verwaltung bei der Begründung von Sacheinlagen, Sachübernahmen und von besonderen Vorteilen gedeckt ist. Sie handelt im Rahmen eines Auftrages.

Das Bestehen einer statutarischen Autorisation und die Fassung eines Kapitalerhöhungsbeschlusses nicht statutenändernder Natur werden regelmäßig zur Folge haben, daß die Kapitalerhöhung im Simultanverfahren vorgenommen wird. Die Verwaltung ist ja bei der Begründung der Vorbereitungshandlungen gedeckt. Sollen jedoch mit der Kapitalerhöhung besondere Maßnahmen verbunden werden, auf die die statutarische Autorisation oder der Kapitalerhöhungsbeschluß nicht statutenändernder Qualität, keinen Bezug nehmen, so wird man ausnahmsweise doch das Sukzessivverfahren einschlagen.

III. Die Einberufung der Generalversammlung

In der Einberufung der Generalversammlung ist den Aktionären mitzuteilen, daß über eine Kapitalerhöhung Beschluß gefaßt werden soll. Denn in der Einberufung sind nach OR 700 I die Verhandlungsgegenstände bekannt zu geben¹¹.

Die Anträge über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile, sind, da es sich hiebei um geplante Statutenänderungen handelt, «zur Einsicht der Aktionäre aufzulegen». In der Einberufung ist auf diese Auflegung hinzuweisen (OR 700 I)¹². Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile sind insofern in der Einberufung zu erwähnen¹³.

Hingegen ist es nicht nötig, die Anträge, die von der Verwaltung für die Kapitalerhöhung gemacht werden, in der Einberufung im einzelnen darzulegen¹². Das gilt vorab für Anträge betreffend die Übernahme eines Vermögenswertes und die Gewährung eines beson-

¹¹ Schmid 49.

¹² Schucany Art. 700 N 3.

¹³ Fischer § 50 III.

deren Vorteils. Ist eine Sacheinlage geplant, so ist zu beachten, daß dann der Bezugsberechtigte schon eindeutig bestimmt ist¹². Das Bezugsrecht der bisherigen Aktionäre fällt in einem solchen Fall dahin. Auf diese Tatsache ist in der Einberufung aufmerksam zu machen¹⁴. Dazu wird man die geplante Sacheinlage doch näher umschreiben müssen¹².

§ 11. Die Gründungsnormen, auf die in OR 650 II verwiesen wird

I. Die gesetzliche Regelung der qualifizierten Sukzessivgründung

Für die qualifizierte Sukzessivgründung enthält unser Gesetz eingehende Normativbestimmungen¹. Diese üben eine dreifache Schutzwirkung aus. Nach ihrer Eignung, eine dieser drei Wirkungen hervorzurufen, lassen sich die Normativbestimmungen folgendermaßen zusammenfassen:

a) Bestimmungen, die eine *Veröffentlichung* der Tatbestände von OR 628 bezwecken.

Dazu gehören:

OR 628: Die Vereinbarungen über Sacheinlagen, Sachübernahmen und über besondere Vorteile müssen in die Statuten aufgenommen werden.

OR 630: Die Gründer haben einen besonderen Bericht zu erstatten.

OR 631 Ziff. 2: Im Prospekt, der bei einer öffentlichen Zeichnung zu publizieren ist, müssen Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile besonders erwähnt werden.

OR 641 Ziff. 6: Gegenstand und Anrechnung der Sacheinlagen und der übernommenen Vermögenswerte, sowie Inhalt und Wert der Gründervorteile sind in das Handelsregister einzutragen.

OR 931: Die Eintragungen im Handelsregister werden durch das schweizerische Handelsamtsblatt bekannt gemacht.

Entwicklungsgeschichtlich stellt die Veröffentlichung der Qualifikationstatbestände das erste Schutzmittel dar, seit das Normativ-

¹⁴ Siegwart Art. 700 N 11.

¹ OR 629 ff.

system in Geltung steht². In den Staaten mit liberaler Rechts- und Wirtschaftsordnung gilt sie noch heute als der wesentlichste Teil des gesamten Schutzsystems³. Die Veröffentlichung schafft zwar keinen absolut wirkenden Schutz, sondern stellt auf die «Vigilanz» der Privaten ab; sie appelliert an die Selbstkontrolle der Gesellschafter⁴. Des weiteren wird durch diese verschiedenen Veröffentlichungen zugleich festgelegt, wer für nicht reelle Machenschaften verantwortlich gemacht werden kann⁵.

b) Bestimmungen, die eine *amtliche Kontrolle* der Tatbestände von OR 628 bezwecken. Es fallen darunter:

OR 639: Für die Urkundsperson besteht bei der öffentlichen Verurkundung des Feststellungsbeschlusses und der besonderen Beschlüsse über Sacheinlagen, Sachübernahmen und über besondere Vorteile eine Kognitionsspflicht⁶.

OR 940: Der Handelsregisterbehörde obliegt eine ähnliche Kognitionsspflicht bei der Anmeldung dieser Beschlüsse zum Handelsregister⁷.

c) Bestimmungen, die eine *Erschwerung der Beschlußfassung* über Sacheinlagen, Sachübernahmen und über besondere Vorteile bezwecken und zugleich ein *besonderes Mitwirkungsrecht* der Aktionäre bei der Begründung dieser Maßnahmen schaffen.

OR 636: Über Sacheinlagen, Sachübernahmen und über besondere Vorteile ist eine besondere, qualifizierte Abstimmung vorzunehmen⁸. Die genannten Maßnahmen müssen zu ihrer rechtsgültigen Begründung mit einem Mehr von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals beschlossen werden.

Diese Bestimmung dient besonders dem Minderheitenschutz⁹.

² Nach der von K. Wieland II 64 getroffenen Einteilung der Kautelen für die qualifizierte Gründung handelt es sich hiebei um *subjektive* Garantien. Zu dieser Art von Kautelen zählt Wieland a.a.O. auch die qualifizierte Abstimmung über die Tatbestände von OR 628. Wir betrachten hier diese Abstimmung unter einem anderen Gesichtspunkt, vgl. dazu die nächste Seite.

³ Hotz 11; v. Salis 110, 159.

⁴ K. Wieland II 64; Siegwart Art. 637 N 2.

⁵ Egger, SJZ 34, 7.

⁶ R. Stokar 35.

⁷ v. Steiger 123, BGE 67 I 113.

⁸ Über die Möglichkeit, von einer qualifizierten Abstimmung abzusehen, vgl. hinten 114 ff.

⁹ Vgl. hinten 106 ff.

II. Die gesetzliche Regelung der qualifizierten Simultangründung

Für den Fall der qualifizierten Simultangründung sind die speziellen Erfordernisse des Gesetzes viel leichter¹⁰.

a) Als *Veröffentlichung* der gefährlichen Maßnahmen genügt hier deren Aufnahme in die Statuten, die Publikation im Handelsregister und die Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt. Gründerbericht und Prospekt fallen weg.

b) Die *amtliche Kontrolle* bezieht sich nur auf die öffentliche Verurkundung des Errichtungsaktes und auf die Anmeldung zum Handelsregister. Besondere Beschlüsse über Sacheinlagen und Sachübernahmen und über besondere Vorteile sind keine zu verurkunden.

c) Eine besondere, qualifizierte *Beschlußfassung*, verbunden mit einem *besonderen Mitwirkungsrecht* der Aktionäre fällt hier dahin. Ein derartiger Schutz erübrigt sich deshalb, weil alle Gründer ihre Zustimmung zum gesamten Gründungsprojekt durch die Unterzeichnung des Errichtungsaktes geben¹¹.

Für die entsprechende Regelung der qualifizierten Kapitalerhöhung muß im wesentlichen auf die Regelung der Sukzessivgründung abgestellt werden. Das findet seinen Grund darin, daß die spezifische Voraussetzung des Simultanverfahrens, nämlich die Einstimmigkeit der Beteiligten, bei der Kapitalerhöhung ebenso fehlt wie bei der Sukzessivgründung.

§ 12. Das Sukzessivverfahren

I. Der Kapitalerhöhungsbeschluß

A. Sukzessives Verfahren – Simultanes Verfahren

Man spricht von einem sukzessiven Verfahren dann, wenn die Kapitalerhöhung auf Grund von zwei Generalversammlungsbeschlüssen zustandekommt, einem vorangehenden Kapitalerhöhungsbeschluß und einem nachfolgenden Feststellungsbeschluß. Beim Simultanverfahren werden diese zwei Beschlüsse in einer einzigen Generalversammlung gefaßt¹.

¹⁰ OR 638.

¹¹ Für den Schutz der Gläubiger ist damit freilich nicht besonders gut gesorgt; vgl. dazu die Kritik bei Folliet 159, ferner hinten 125f.

¹ Geilinger 86, Büchner 140.

Die Unterscheidung zwischen Sukzessiv- und Simultanverfahren bei der Kapitalerhöhung wird von v. Steiger abgelehnt². Die Unterscheidung in der oben gegebenen Umschreibung drängt sich unseres Erachtens auf. Von Sukzessiv- und Simultanverfahren zu sprechen, ist nach dem heutigen Stande des Aktienrechtes bei der Kapitalerhöhung eher am Platze als bei der Gründung, wo das Sukzessivverfahren nur noch «ein papierenes Dasein in den Lehrbüchern fristet» (Rauch 112). Rauch führt den hier geäußerten Gedanken weiter, indem er noch ausführt «bei der Kapitalerhöhung aber ist die Aktienzeichnung (gemeint im Sukzessivverfahren) greifbare Wirklichkeit. In ihr lebt die Zeichnungsbegründung weiter, und hier allein». Demgegenüber stellt v. Salis fest, die gesetzlichen Erschwerungen des Sukzessivverfahrens, insbesondere das Obligatorium der Erstattung eines besonderen Berichtes, seien geeignet, auch für die Kapitalerhöhung eine weitgehende Substituierung des Sukzessivverfahrens durch das Simultanverfahren herbeizuführen³.

B. Die Rechtsnatur von Kapitalerhöhungs- und Feststellungs-Beschluß

Der Kapitalerhöhungsbeschluß im Sukzessivverfahren wird in einer ordentlichen oder außerordentlichen Generalversammlung gefaßt. Daß nur die bisherigen Aktionäre in dieser Generalversammlung stimmberechtigt sein können, erscheint selbstverständlich. Für die Begründung der Mitgliedschaftsrechte der künftigen Aktionäre ist ja noch nichts vorgekehrt⁴. Auch der Feststellungsbeschluß muß von einer Generalversammlung ausgehen. Bei dieser Beschlußfassung stimmen auch die neuen Aktionäre mit⁵.

² v. Steiger 277, vgl. zu dieser Streitfrage auch die Ausführungen bei Stokar 85, bei Geilinger 86.

³ Hiezu ist zu bemerken, daß speziell der besondere Bericht nach herrschender Auffassung und nach der Praxis der Handelsregisterbehörden auch beim Simultanverfahren erforderlich ist (vgl. das Nähere dazu hinten 101).

⁴ v. Steiger 280.

⁵ Die neuen Aktionäre haben sich mit der Aktienzeichnung zur Erbringung der Leistung, die sie als Mitglieder der Gesellschaft schulden, verpflichtet und diese Verpflichtung zum Teil auch schon erfüllt (Mindestliberierung, Übertragung der Illationsgegenstände). Sie müssen darum auch, entsprechend ihrer Beteiligung am Kapital, über das Schicksal der Gesellschaft mitentscheiden können. Siegwart Art. 653 N 5; Siegrist 27. Schreiben des Handelsregisteramtes vom 20. I. 1931; gleicher Meinung für das franz. Recht Janton § 3, S. 56.

Die statutenändernde Bedeutung kommt nach der übereinstimmenden neueren Lehre dem Kapitalerhöhungsbeschluß zu⁶. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Wirksamkeit der Kapitalerhöhung nach außen erst nach erfolgter Feststellung und Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister eintritt⁷. Der Kapitalerhöhungsbeschluß wird dadurch bloß zu einer suspensiv bedingten Statutenänderung⁸. Wenn die neuen Aktionäre erst bei der Fassung des Feststellungsbeschlusses mitstimmen, so ist dies für die Frage der Statutenänderung auch nicht von wesentlicher Bedeutung⁹.

Daß der Kapitalerhöhungsbeschluß als der entscheidende Rechtsakt angesehen wird, ergibt eine völlige Übereinstimmung mit der Ablehnung der These von der partiellen Neugründung, die sich mit der Kapitalerhöhung vollziehen soll¹⁰. Wenn nämlich die Kapitalerhöhung als Neugründung zu deuten wäre, so müßte dem Feststellungsbeschluß die überragende Bedeutung zukommen. Denn bei der Gründung wird, selbst unter Zugrundelegung der Identitätstheorie, in der konstitutiven Generalversammlung der entscheidende Schritt zur Begründung des entstehenden Rechtssubjektes getan. Der konstituierenden Generalversammlung entspricht jedoch bei der Kapitalerhöhung die Generalversammlung, die den Feststellungsbeschluß faßt.

Dieser Unterschied im Dualismus von Gründungsbeschluß–Feststellungsbeschluß einerseits, Kapitalerhöhungsbeschluß–Feststellungsbeschluß andererseits, ist bei der qualifizierten Kapitalerhöhung nicht so deutlich gekennzeichnet, wie bei anderen Kapitalerhöhungen. Denn mit dem Feststellungsbeschluß sind bezüglich Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile noch wichtige Bedingungen zu erfüllen¹¹. Bei der Barerhöhung verliert jedoch der Feststellungsbeschluß noch erheblich an Bedeutung. Dies vor allem dann, wenn keine

⁶ K. Wieland II 165. And. Meinung noch Lehmann 489. Lehmann legt dem Feststellungsbeschluß die statutenändernde Bedeutung zu.

⁷ Siegwart Art. 653 N 1 stellt denn auch fest, daß nach altem Recht mit der Eintragung *nicht* bis zur Fassung des Feststellungsbeschlusses zugewartet wurde.

⁸ K. Wieland II S. 105.

⁹ Vgl. hinten 97.

¹⁰ Vgl. vorn 18 ff.

¹¹ Nach der herrschenden Anschauung ist bei der Fassung des Feststellungsbeschlusses auch die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 vorzunehmen.

neuen Mitglieder in die Gesellschaft eintreten, d. h. wenn die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erfolgt¹².

Der Feststellungsbeschluß hat demgemäß für die Statutenänderung, wie der Name es sagt, nur konstatierende Bedeutung¹³. Darum kann nach deutschem Recht die Feststellung, daß die Kapitalerhöhung zustandegekommen ist, auch nur durch die Verwaltung erfolgen¹⁴. Es ist hier kein Generalversammlungsbeschluß erforderlich.

In einem Punkt, dem allerdings nur untergeordnete Bedeutung zukommt, erlangt aber auch der Feststellungsbeschluß erhöhte Bedeutung. Wir meinen die Begründung der Mitgliedschaftsrechte der neuen Aktionäre. Die Aktienzeichner finden Gelegenheit, durch ihre Beteiligung am Feststellungsbeschluß ihren bereits mit der Zeichnung bekundeten Willen zum Beitritt zur Gesellschaft zu bestätigen. Mit Lehmann¹⁵ kann man hier von einer confirmierenden Bedeutung des Feststellungsbeschlusses sprechen¹⁶.

C. Die Berücksichtigung der Qualifikationstatbestände im Kapitalerhöhungs- und Feststellungsbeschluß

Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile kommen in der Statutenänderung besonders zum Ausdruck. Das legt den Schluß nahe, diese Maßnahmen seien schon im Kapitalerhöhungsbeschluß so weit zu berücksichtigen, daß sie mit erfolgter Feststellung ohne weiteres zum definitiven Statuteninhalt werden können. Denn die statutenändernde Bedeutung kommt, wie soeben ausgeführt wurde, dem Kapitalerhöhungsbeschluß zu.

¹² Hier wird allerdings das Sukzessivverfahren kaum zur Anwendung gelangen. Doch ist auch beim Simultanverfahren auf die Unterscheidung von Kapitalerhöhungs- und Feststellungsbeschluß zu achten (vgl. hinten 129).

¹³ Siegart Art. 636 N 10.

¹⁴ HGB § 284, AG § 155.

¹⁵ I 186.

¹⁶ v. Salis stellt 164 fest, im Sukzessivverfahren könne es zu einer doppelten Bekundung des Willens zur Erwerbung der Mitgliedschaft kommen: einer individuellen bei der Aktienzeichnung, einer korporativen bei der Beschlußfassung in der Generalversammlung. Doch könne die korporative auch ausbleiben. Der neue Aktionär brauche an der Generalversammlung, die den Feststellungsbeschluß faßt, nicht teilzunehmen. Aus dem zuletzt angeführten Grund kann man jedoch unseres Erachtens auch mit Bezug auf die Begründung der neuen Mitgliedschaftsrechte dem Feststellungsbeschluß keine konstitutive Bedeutung zulegen.

Siegwart verlangt denn auch, daß die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 anlässlich der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses vorgenommen werde¹⁷. Er folgert daraus, der Feststellungsbeschluß bedürfe auch bei Vorhandensein von Sacheinlagen keiner besonderen Mehrheit¹⁸.

Die gegenteilige Ansicht wird von Schucany vertreten²⁰. Dieser Autor verlangt zwar die Erwähnung der Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteile schon im Kapitalerhöhungsbeschluß. Die qualifizierte Abstimmung will er jedoch erst an der zweiten Generalversammlung vorgenommen wissen.

Geilinger nimmt schließlich an, das Gesetz habe es den Privaten überlassen, zu bestimmen, wann sie die qualifizierte Abstimmung durchführen wollen²¹. Je nach dem Stimmenverhältnis könne von Fall zu Fall die besondere Abstimmung nach Belieben angesetzt und so Abstimmungspolitik getrieben werden²². Das sei zum Schutze der alten Aktionäre geboten. Diese könnten sich so am besten dagegen wehren, daß ihnen nicht mit Hilfe der neuen Aktionäre in der zweiten Generalversammlung eine unliebsame Maßnahme auferzwungen werde.

Unseres Erachtens muß die Frage, ob die besondere Abstimmung über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile bei der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses oder bei der Fassung des Feststellungsbeschlusses stattfinden soll, in eindeutiger Weise entschieden werden. Die Anwendbarkeit von Schutzvorschriften des Gesetzes ist in keiner Weise in das Belieben der Privaten zu stellen. Nur darüber, ob sie eine qualifizierte Kapitalerhöhung in aller Form oder eine verschleierte Apportherhöhung vornehmen wollen, bestimmen die Privaten in freier Weise. Die Detailregelung der Kapitalerhöhung ist positives Gesetzesrecht. Sie muß durch entsprechende Anwendung der Gründungsbestimmungen festgelegt werden.

Die besondere Abstimmung steht im Dienste des Minderheitenschutzes. Wie auf Seite 119 ff. ausgeführt wird, sind bei der Kapital-

¹⁷ Art. 650 N 31.

¹⁸ Art. 650 N 41.

²⁰ Art. 650 N 6.

²¹ 87.

²² Schmid nimmt 49 zur Frage, wann die qualifizierte Abstimmung stattfinden sollte, nicht in eindeutiger Weise Stellung.

erhöhung sowohl die Interessen der bisherigen Aktionäre als auch die der neuen Aktienzeichner gefährdet. Die bisherigen Aktionäre sind in ihren erworbenen Rechten zu schützen, die neuen Aktienzeichner in ihrem Vertrauen auf das künftige Gedeihen der Gesellschaft. Der Schutz des Gesetzes kann nicht, wie Geilinger dies annimmt, den alten Aktionären allein zugesprochen werden. Entwicklungsgeschichtlich ist der Zeichnerschutz sogar das Primäre. Die Schutzwirkung zugunsten der alten Aktionäre stellt lediglich eine sekundäre, nur bei der Kapitalerhöhung vorkommende Erscheinung dar. Die besondere Abstimmung kann darum bei der Fassung des Feststellungsbeschlusses nicht fehlen.

Diese Ordnung rechtfertigt sich noch aus folgendem Grund: Sollte die besondere Abstimmung bereits bei der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses stattfinden, so müßte vorausgesetzt werden, daß die Sacheinlagen, die Sachübernahmen und die besonderen Vorteile in diesem Zeitpunkt schon im einzelnen festgelegt sind. Das ergibt sich aus OR 639, wo von den Belegen die Rede ist, die der Beschlußfassung zugrundeliegen müssen. Nach Maßgabe dieser Gesetzesbestimmung hat die Urkundsperson zu bestätigen, daß die Belege ihr und der Generalversammlung vorgelegen haben. Zu diesen Belegen zählen auch die Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge; denn OR 639 bezieht sich ausdrücklich auf die qualifizierte Abstimmung nach OR 636.

Diese gesetzliche Regelung hat ihren guten Grund. Die besondere Abstimmung kann nämlich nur dann ihre Schutzwirkung haben, wenn die Aktionäre, die sich daran beteiligen, die Einzelheiten der für ihre Rechte gefährlichen Maßnahmen zur Kenntnis nehmen können.

Oft werden aber im Zeitpunkt der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses die Verhandlungen nicht so weit gediehen sein, daß die Unterlagen betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile, die in OR 639 vorausgesetzt werden, vorliegen. Eine Beschlußfassung im Sinne des Gesetzes könnte darum bei der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses im Sukzessivverfahren gar nicht stattfinden.

Es erscheint im Sinne des Sukzessivverfahrens als das gegebene, und OR 639 gebietet es, daß die Vereinbarungen betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile erst in der Zeit zwischen Kapitalerhöhungsbeschluß und Feststellungsbeschluß im

einzelnen festgelegt werden²³. Die definitive besondere Abstimmung ist darum erst mit der Fassung des Feststellungsbeschlusses zu verbinden.

Aber auch bei dieser Ordnung der Dinge sind Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile doch schon im Kapitalerhöhungsbeschluß zu berücksichtigen. Die große Bedeutung des Kapitalerhöhungsbeschlusses erheischt, daß sie schon in diesem Beschlusse vorgesehen werden. Das Sukzessivverfahren ist ja allgemein dadurch gekennzeichnet, daß die Verwaltung die Maßnahmen, die auf die Verwirklichung der Kapitalerhöhung gerichtet sind, im Rahmen eines Auftrages der Generalversammlung vornimmt²⁴. Es würde dieser Ordnung widersprechen, wenn Maßnahmen, die das Gesetz zu wesentlichen Elementen der Statutenänderung gemacht hat, von der Verwaltung selbständig getroffen würden.

Dem entspricht auch OR 653 Ziff. 10, wonach Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile im Prospekt aufgeführt werden müssen. Der Prospekt hat bei der Zeichnung aufzuliegen und muß also vorher aufgestellt werden.

Nur können bei der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses in den meisten Fällen die geplanten Maßnahmen nicht im Detail der Abstimmung unterworfen werden. Es handelt sich vielmehr um eine allgemeine Ermächtigung.

Für die bloße Beauftragung durch die Generalversammlung, die Kapitalerhöhung als qualifizierte Kapitalerhöhung auszugestalten, ist auf alle Fälle kein besonderes Quorum erforderlich.

Zusammenfassend kann also festgestellt werden, daß beim Sukzessivverfahren zweimal abgestimmt werden muß: bei der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses, im Sinne einer Ermächtigung an die Verwaltung; bei der Fassung des Feststellungsbeschlusses, im Sinne einer Genehmigung.

Unsere Ausführungen stimmen also mit der Meinung Schucanys überein. Bloß halten wir dafür, daß für die besondere Abstimmung das Quorum von OR 636 nicht erforderlich ist. Dies soll hinten 106 ff. noch näher ausgeführt werden.

²³ v. Salis 117.

²⁴ v. Salis 117.

II. Der Bericht der Verwaltung

Der besondere Bericht, der bei der Kapitalerhöhung von der Verwaltung zu erstatten ist¹, muß den gleichen Inhalt aufweisen, wie der Gründerbericht bei der qualifizierten Sukzessivgründung². Zusammen mit dem Prospekt ist er, wenigstens theoretisch, am ehesten geeignet, die vom Gesetz angestrebte Klarstellung der Veränderungen herbeizuführen³, die die Kapitalerhöhung am Haftungssubstrat der Gesellschaft hervorruft.

Die Erstattung eines besonderen Berichtes erlangt bei der Kapitalerhöhung mehr Bedeutung als bei der Gründung; denn bei der Kapitalerhöhung muß der besondere Bericht, nach der Praxis unserer Behörden, immer veröffentlicht werden. Es macht keinen Unterschied, ob das Sukzessivverfahren oder das Simultanverfahren befolgt wird⁴.

In Analogie zur Gründung wäre der besondere Bericht auch bei der Kapitalerhöhung nur beim Sukzessivverfahren erforderlich, hier aber gleichgültig, ob eine öffentliche Zeichnung stattfindet oder nicht. Dieser Analogieschluß darf jedoch nicht gezogen werden. Beim Simultanverfahren der Gründung erklären nämlich alle Aktionäre im Errichtungsakt einstimmig, die besonderen Vereinbarungen betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile zu genehmigen. Die Gelegenheit zu einer derartigen ausdrücklichen Stellungnahme bietet sich den Aktionären bei der Kapitalerhöhung nicht, auch nicht bei der Simultankapitalerhöhung. Die Zeichner der neuen Aktien müssen darum grundsätzlich auf die Tatbestände, die die Kapitalerhöhung qualifizieren, aufmerksam gemacht werden. Der besondere Bericht wird darum mit Recht bei jeder Kapitalerhöhung verlangt.

III. Der Prospekt

Im Prospekt sind gemäß Ziffer 10 des Artikels 651 OR die Sacheinlagen, die Sachübernahmen und die besonderen Vorteile anzu-

¹ OR 650 I.

² OR 630.

³ v. Salis 110, 159.

⁴ v. Steiger 280, 86; Gleicher Meinung offenbar auch Schucany, Art. 650 N 2; Dagegen nimmt Siegwart bei der Behandlung der Pflicht zur Erstattung eines besonderen Berichtes Art. 650 N 34 nur auf das Sukzessivverfahren Bezug, und Folliet bemerkt 159 der besondere Bericht sei nur dann zu erstatten, wenn die neuen Aktien öffentlich zur Zeichnung aufgelegt werden.

führen¹. Die gleiche Bestimmung ist auch in OR 631 Ziff. 2 für den Gründungsprospekt aufgestellt. OR 651 Ziff. 10 enthält gegenüber OR 631 Ziff. 2 nichts Besonderes und figuriert nur der Vollständigkeit halber.

Ein Prospekt ist nur dann durch die Verwaltung zu publizieren, wenn die Aktien öffentlich zur Zeichnung angeboten werden. Er dient den gleichen Zwecken wie der Bericht der Verwaltung². Der Prospekt erübrigt sich, wenn in den Zeichnungsscheinen ihr gesetzlicher Inhalt angegeben ist (OR 651 letzter Absatz).

IV. Die Aktienzeichnung

Auch bei der qualifizierten Kapitalerhöhung ist die Aktienzeichnung erforderlich¹. Sie hat gemäß OR 650 III auf den Kapitalerhöhungsbeschluß und eventuell auf den Prospekt Bezug zu nehmen. Da im Prospekt Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile angegeben werden müssen², so werden also die Publikumsaktionäre auf die Qualifikationstatbestände auch anläßlich der Aktienzeichnung besonders aufmerksam gemacht.

Der besondere Bericht der Verwaltung ist in der Zeichnung zwar zu erwähnen. Doch liegt dieser zur Zeit der Zeichnung oft noch gar nicht vor³. Im besonderen Bericht sind nämlich im Gegensatz zum Prospekt detaillierte Angaben zu machen⁴. Da aber Sacheinlagen, Sachübernahmen usw. beim Sukzessivverfahren in der Regel erst in der Zeit zwischen der ersten und der zweiten Generalversammlung im einzelnen vereinbart werden⁵, kann der Bericht nicht immer vor der Auflegung der Zeichnung erstattet werden. Die Entgegennahme der Zeichnungen und die Verhandlungen betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile sind Vorgänge, die in vielen Fällen zeitlich parallel verlaufen.

Im Interesse der Zeichner muß bei Apportaktien vermerkt werden, daß der Emissionswert ganz oder teilweise durch Sachleistungen er-

¹ v. Steiger 282; Schmid 66.

² Vgl. vorn 101.

³ v. Steiger 282; a.M. Siegwart Art. 650 N 9.

⁴ OR 651, Ziff. 10.

⁵ Vgl. vorn 99.

⁴ Dasselbe gilt für die qualifizierte Sukzessivgründung (Schucany Art. 632 N 2; Siegwart Art. 632 N 5).

⁵ Vgl. vorn 99.

bracht werde; denn im Zweifel sind die Aktien durch Barzahlung zu liberieren⁶.

V. Die Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses beim Handelsregisteramt

Die Verwaltung ist sowohl der Gesellschaft als auch der Behörde gegenüber verpflichtet, dem Handelsregisteramt den Kapitalerhöhungsbeschluß zur Eintragung anzumelden¹. Die Eintragung im Handelsregister erfolgt erst, wenn auch der Feststellungsbeschluß vorliegt². Auch die öffentliche Urkunde über den Beschluß der Generalversammlung, das Kapital zu erhöhen, ist dem Handelsregisteramt einzureichen³. Spätestens mit der Anmeldung des Feststellungsbeschlusses sind ferner auch der besondere Bericht der Verwaltung und der Prospekt dem Amt zu übergeben^{4, 5}.

VI. Die Sicherstellung der Sacheinlagen¹

Die Sicherstellung der Sacheinlagen ist bei der Kapitalerhöhung am besten dadurch zu erreichen, daß der Gesellschaft noch während des Kapitalerhöhungsverfahrens das Eigentum an den Illationsgütern verschafft wird². Das Eigentumsrecht der Gesellschaft an diesen Sachen besteht dann resolutiv bedingt. Sollte die Kapitalerhöhung nicht zustandekommen, so wird die Eigentumsübertragung hinfällig, weil damit auch die Liberierungspflicht des Apportanten entfällt.

Doch muß es genügen, wenn die Gesellschaft im Sinne von OR 633 IV mit der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister sofort als Eigentümerin unmittelbar über die Sachen verfügen kann oder wenigstens einen bedingungslosen Anspruch auf Eintragung in das

⁶ v. Steiger 100.

¹ Siegwart Art. 653 N 2 spricht von einer privatrechtlichen und einer öffentlich-rechtlichen Pflicht. Vgl. dazu auch K. Wieland II § 101, 126.

² OR 653 I.

Folliet hält 177 dafür, diese Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses mit aufgeschobener Publikation habe keinen praktischen Wert; denn die Aktionäre und Gläubiger würden dadurch auf die Qualifikationstatbestände nicht aufmerksam gemacht. Die Anmeldung bleibe ihnen ja unbekannt.

³ OR 647 Absatz 2 in Verbindung mit OR 640 Ziff. 2.

⁴ OR 647 Absatz 2 in Verbindung mit OR 640 Ziff. 3.

⁵ Über die Kognitionspflicht der Handelsregisterbehörde vgl. vorn 93.

¹ Vgl. dazu Egger SJZ 34, 7.

² Schmid 66 (Sacheinlagen müssen «eingebracht» werden).

Grundbuch erhält. Dies ist die Ordnung, die für die Gründung gilt. Für die Kapitalerhöhung mehr zu verlangen, ist nicht gerechtfertigt. Bei der analogen Anwendung der Gründungsbestimmungen dürfen diese nicht extensiv interpretiert werden. Denn die Schutzbestimmungen beschneiden die Privatautonomie. Diese ist jedoch in unserem liberalen Staat gewährleistet. Im Zweifel ist stets zugunsten der Privatautonomie zu entscheiden.

Bei der Gründung pflegt man, sofern Grundstücke in das Gesellschaftsvermögen eingelegt werden sollen, eine Vorbeurkundung vorzunehmen. Diese erfolgt zwischen den Vertretern der Gesellschaft und den Apportanten. Gestützt auf diese Vorbeurkundung wird die Gesellschaft mittelst eines Nachtrages im Grundbuch Eigentümerin der betreffenden Grundstücke³. Dieses Vorgehen kann auch bei der Kapitalerhöhung zur Anwendung gelangen. Besteht jedoch kein Zweifel, daß die Generalversammlung die getroffenen Abmachungen sanktionieren wird, so erübrigt sich dieser Umweg. Dann kann die Übertragung direkt auf den Namen der Gesellschaft erfolgen.

VII. Der Feststellungsbeschluß¹

A. Allgemeines

Mit dieser Beschlußfassung gilt es festzustellen, daß das neue Kapital aufgebracht und in der gesetzlichen, bzw. statutarischen Mindesthöhe liberiert worden ist².

Über die Generalversammlung, die den Feststellungsbeschluß faßt, ist eine öffentliche Urkunde zu errichten³.

Damit der Feststellungsbeschluß seinen Zweck erreicht, müssen die nötigen Unterlagen zu Handen der Aktionäre aufgelegt werden. Das ergibt sich nicht aus OR 647, wo die Statutenänderung geregelt wird, wohl aber aus der Rechtsnatur der Kapitalerhöhung. Der Feststellungszweck erheischt eine analoge Anwendung von OR 636. Verträge betreffend Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile

³ Über die Anwendung dieses Verfahrens im Falle der qualifizierten Gründung vergleiche Schucany Art. 633 N 5.

¹ Über die Rechtsnatur dieses Beschlusses und über die Frage, ob die Tatbestände von OR 628 grundsätzlich im Kapitalerhöhungsbeschluß zu berücksichtigen sind, vgl. vorn 95 ff.

² OR 653 I.

³ OR 647 I in Verbindung mit OR 637.

sind vorzuweisen. Die Urkundsperson hat des weiteren in der öffentlichen Urkunde zu erklären, daß diese Belege ihr und der Generalversammlung vorgelegen haben.

Für die Fassung des Feststellungsbeschlusses sind auch die neuen Aktienzeichner stimmberechtigt⁴.

Neben diesem eigentlichen Feststellungsbeschluß verlangt die herrschende Meinung, daß in der zweiten Generalversammlung über die Kapitalerhöhung auch noch die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 vorgenommen wird⁵. Bei dieser Annahme stellt sich die Frage, ob das Stimmrecht der neuen Aktionäre auch für die qualifizierte Abstimmung zu gelten hat. Diese Frage ist zu bejahen. Und zwar ist das Stimmrecht auch den Sacheinlegern, sowie den Aktionären, die bei der Kapitalerhöhung eine Sache im Rahmen eines Sachübernahmevertrages an die Gesellschaft übertragen, und den Aktionären, die auf Grund eines besonderen Vorteils begünstigt werden, zuzuerkennen⁶. Wie hinten 120 ausgeführt wird, bezweckt die qualifizierte Abstimmung auch den Schutz der neuen Aktionäre, und nichts steht dem entgegen, daß diese selbst zu ihrem Schutze sehen können, indem sie mitstimmen.

Ein Stimmausschluß für Inferenten und für begünstigte Personen wurde bei der Revision des OR von 1937 bewußt abgelehnt⁷. Neuerdings wird ein derartiger Stimmausschluß von Geilinger wieder postuliert⁸. Dieser Autor erhofft davon einen wirksamen Schutz der alten Aktionäre gegen die Gefahr, daß ihnen eine Kapitalerhöhung auferzungen werde, die ihre Interessen in ungerechtfertigter Weise beeinträchtigt. Unseres Erachtens ist ein Stimmausschluß nicht zu rechtfertigen. Es kann hier vor allem auf die Schwierigkeiten hingewiesen werden, denen man bei der Handhabung des Stimmausschlusses im alten Recht begegnete. Eine eingehende Darstellung dieser Unzukömmlichkeiten findet sich bei Lardelli, SJZ 17, 141 ff. Hier sei zur Illustration nur auf die sich wieder stellende Frage hingewiesen, ob alle Apportanten vom Stimmrecht auszuschließen wären, oder nur diejenigen, über deren Apport gerade abgestimmt wird.

Sind demnach die neuen Aktionäre bei allen Abstimmungen, die in der zweiten Generalversammlung vorgenommen werden, zuzulassen,

⁴ Vgl. vorn 95.

⁵ Vgl. vorn 25.

⁶ Gleicher Meinung Folliet 157.

⁷ Egger, SJZ 34, 26 Sparte 2.

so bestimmt sich das Quorum von zwei Dritteln des Grundkapitals, die die herrschende Meinung in analoger Anwendung von OR 636 als erforderlich erachtet, nach dem erhöhten Kapital. Wenn das neue Kapital bei den Abstimmungen vertreten ist, so soll es auch für die Beurteilung des Stimmenverhältnisses maßgeblich sein.

B. Die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 ist nicht erforderlich

1. Die systematische Interpretation des Verweises auf OR 636

a) Allgemeines

Die Normierung der Kapitalerhöhung muß mit der gesetzlichen Regelung anderer Statutenänderungen im Einklang stehen, denn die Kapitalerhöhung stellt einen Fall von Statutenänderung und keine Neugründung dar⁹. Die Regelung dieser anderen Statutenänderungen ist darum bei der Festlegung der Normativbestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung zum Vergleich heranzuziehen. Unser Gesetz kennt drei verschiedene Erfordernisse für Statutenänderungen: qualifiziertes Mehr (648), qualifizierte Anwesenheit (649, 655, 658), einfache Mehrheit (647)¹⁰. Es stellt sich die Frage, welches dieser Erfordernisse für die qualifizierte Kapitalerhöhung richtigerweise gelten soll.

Gegenüber anderen Statutenänderungen zeichnen sich die Kapitalerhöhung und die Kapitalherabsetzung dadurch aus, daß sie eine Veränderung des Aufbauelementes der Aktiengesellschaft herbeiführen¹¹. Wir meinen das Grundkapital, das die Grundlage für die korporative und organisatorische Struktur der Gesellschaft darstellt und zugleich ihre Kreditbasis bildet¹². Diese vielfältigen Funktionen des Grundkapitals haben zur Folge, daß die Kapitalerhöhung als Maßnahme komplexer Natur erscheint.

Deshalb ist die Kapitalerhöhung aber noch nicht die wichtigste Maßnahme, die im Leben der Aktiengesellschaft eintreten kann. Das ergibt sich schon aus dem Umstand, daß die Kapitalerhöhung auch

⁸ 87f.

⁹ Vgl. vorn 18 ff.

¹⁰ Siegart Art. 649 N 3.

¹¹ Über die entwicklungsgeschichtliche Bedeutung des Grundkapitals als Essentiale der Aktiengesellschaft, vgl. Rauch 2.

¹² Schmid 7.

nur als Bestandteil anderer Maßnahmen auftreten kann, so als Bestandteil der Fusion und als Bestandteil der Sanierung.

Das Verhältnis der Kapitalerhöhung zu den übrigen Statutenänderungen wollen wir im folgenden näher untersuchen. Mit Rücksicht auf unser Thema gehen wir nur vom speziellen Fall der qualifizierten Kapitalerhöhung aus.

b) Die Statutenänderungen nach OR 648

In diesem Artikel werden folgende Statutenänderungen behandelt:

1. Umwandlung des Gesellschaftszweckes,
2. Beseitigung von Statutenbestimmungen über die Erschwerung der Beschlußfassung in der Generalversammlung,
3. Einführung von Stimmrechtsaktien.

Der Beschluß über jedes dieser drei Traktanden muß «mindestens die Stimmen von zwei Dritteln des gesamten Grundkapitals auf sich vereinigen». Als zusätzliche Schutzbestimmung für dissentierende Namenaktionäre ist noch vorgeschrieben: «Namenaktionäre, die dem Beschluß nicht zugestimmt haben, sind während sechs Monaten nach dessen Veröffentlichung im schweizerischen Handelsamtsblatt an statutarische Beschränkungen der Übertragung der Aktien nicht gebunden».

Abgesehen von diesem zuletzt angeführten «eigenartigen Interessenschutz»¹³, bestehen für die in OR 648 genannten Maßnahmen die gleichen Erschwerungen wie für die Beschlußfassung über die qualifizierte Kapitalerhöhung. Auch nach OR 636 sind nämlich die Bestimmungen der Statuten über Sacheinlagen, Übernahme von Vermögenswerten und Gründervorteile «einer besonderen Beschlußfassung zu unterstellen, die mindestens die Stimmen von zwei Dritteln des Grundkapitals auf sich vereinigen muß».

Die weitgehende Gleichstellung dieser vier Statutenänderungen erscheint jedoch kaum gerechtfertigt. Denn es handelt sich doch um Maßnahmen von ganz verschiedener Tragweite. Auch stellt die Quorumsbestimmung, die absolut zwingender Natur ist, eine starke Erschwerung dar. Dies vor allem deshalb, weil hier nicht die Möglichkeit besteht, eine zweite Generalversammlung einzuberufen, für die dann ein geringeres Quorum genügen würde. Geilinger stellt 39 fest, daß «bei einem Verbot des Depotstimmrechtes der Banken sich diese

¹³ Siegwart Art. 648 N 17.

Quoren (von OR 648 und OR 649) für große Gesellschaften sehr hinderlich auswirken können». Tatsächlich kann die Erschwerung von OR 636 bei Aktiengesellschaften mit stark zersplittertem Aktienbesitz zu Schwierigkeiten führen, die kaum überbrückt werden können. Die Einhaltung der Erschwerung von OR 636 kann objektiv unmöglich werden. Es zeigt sich hier eine ähnliche Rechtslage, wie sie nach altem OR bestand. Unter der Herrschaft des aOR war es nämlich wegen des vorgeschriebenen Stimmausschlusses der Apportanten unter Umständen unmöglich, eine qualifizierte Sukzessivgründung vorzunehmen¹⁴.

Es handelt sich auch um eine gefährliche Erschwerung, weil sie einer kleinen Minderheit erlaubt, fortgesetzt Obstruktion zu treiben¹⁵. Generalversammlungen sind oft schlecht besucht. Darum können auch wenige ablehnende Stimmen bewirken, daß das Quorum von zwei Dritteln des Grundkapitals nicht erreicht wird. So kann die Generalversammlung nach Geilinger 39 «zu dauernder Beschlußunfähigkeit verurteilt» sein.

Die qualifizierte Abstimmung ist für die *Änderung des Gesellschaftszweckes*, der wichtigsten im Leben der Aktiengesellschaft vorkommenden Maßnahme, absolut angebracht. Im alten Recht war dafür sogar Einstimmigkeit verlangt¹⁶. Die Zweckumwandlung ist nun aber viel bedeutungsvoller als die Kapitalerhöhung, wenn letztere Maßnahme auch vielfältige Interessen berührt und darum zahlreiche rechtliche Probleme aufwirft. Dieser Unterschied der beiden Maßnahmen sollte in ihrer gesetzlichen Behandlung zum Ausdruck kommen.

Der Unterschied in der Bedeutung besteht auch in dem wohl wichtigsten Anwendungsfall von qualifizierter Kapitalerhöhung. Diesen halten wir dann für gegeben, wenn die qualifizierte Kapitalerhöhung zur Bildung oder Erweiterung einer Holdinggesellschaft vorgenommen wird. Bei einer solchen Interessenvereinigung zweier Gesellschaften schreitet man zunächst zu einer Kapitalerhöhung bei der Muttergesellschaft. Die jungen Aktien dieser Gesellschaft werden dann gegen die Aktien der Aktionäre der anzugliedernden Tochtergesellschaft ausgetauscht. Die Übertragung der alten Aktien an die Muttergesellschaft zur Liberierung der übernommenen jungen Aktien stellt eine Sach-

¹⁴ Lardelli, SJZ 1918, 141 ff.

¹⁵ Siegart Art. 648 N 8.

¹⁶ In den Vorbereitungsarbeiten zur Revision von 1936 vollzog sich der Abbau dieser Erschwerung nur zögernd. (Geilinger 38, 60 f.)

einlage dar¹⁷. Der Erfolg einer derartigen Kapitalerhöhung ist ja, wenigstens wirtschaftlich, sehr ähnlich, wie im Falle der Fusion¹⁸. Das deutsche Aktiengesetz enthält darum auch für diesen besonders wichtigen Fall einen speziellen Typ von Kapitalerhöhung¹⁹. Doch hält sich bei einer Holdinggesellschaft die Angliederung einer Tochtergesellschaft immer noch im Rahmen ihres auf Beteiligung an anderen Unternehmungen gerichteten Zweckes. Die Änderung des Zweckes der Gesellschaft erscheint darum als eine Maßnahme, die der qualifizierten Kapitalerhöhung übergeordnet ist. Eine Veränderung des Kapitals bedeutet lediglich, daß die Gesellschaft mit anderem Mitgliederbestand und mit vermehrten eigenen Mitteln das Ziel, das ihr schon bei der Gründung gesteckt wurde, weiterhin verfolgt²⁰.

Aber nicht nur wegen der überragenden Bedeutung der Änderung des Zweckes erscheint es angebracht, für diese Statutenänderung eine besondere Erschwerung zu verlangen. In noch höherem Maße erheischt der Minderheitenschutz ein Quorum für die Abstimmung. Das Problem des Minderheitenschutzes erlangt bei einer Zweckänderung erhöhte Aktualität. Denn die Zweckänderung stellt nicht eine Maßnahme dar, die in der Entwicklung der Gesellschaft als normale Erscheinung auftritt, wie Kapitalerhöhungen und -herabsetzungen, Erweiterungen und Verengerungen des Geschäftsbereiches. Die Zweckänderung ist vom Standpunkt der Aktionäre aus gar nicht voraussehbar. Ein besonders wirksamer Minderheitenschutz ist hier gerechtfertigt. Die Quorumsbestimmung gibt der Minderheit ein angemessenes Mittel an die Hand, die Zweckänderung gegebenenfalls zu verhindern.

Aus dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes rechtfertigt sich die Quorumsbestimmung von OR 648 auch für die *Emission von*

¹⁷ Der Vorgang kann auch die Gestalt einer Sachübernahme annehmen. Das ist der Fall, wenn ein Dritter (eine Bank) die neuemittierten Aktien der Muttergesellschaft als Baraktien zeichnet, die Aktien der künftigen Tochtergesellschaft bei sich einsammelt und sie dann gesamthaft an die Muttergesellschaft verkauft.

¹⁸ Der Vorgang stellt aber rechtlich keine Fusion dar (Curti 156 III s.).

¹⁹ AG § 159 (Bedingte Kapitalerhöhung).

Nach Schlegelberger/Quassowsky, § 66, Anm. 32, 5, diente im älteren deutschen Recht dem Zwecke der Vorbereitung einer Vereinigung mehrerer Gesellschaften das Halten von Vorratsaktien. Vgl. dazu auch Düringer Hachenburg, III 1. S. 19.

²⁰ In Inflationszeiten schreitet man nach RGZ 121, 24, zu Sacheinlagen und Sachübernahmen, um sichere Werte zu erhalten. Hier wird die qualifizierte Kapitalerhöhung direkt zum Normalfall.

Stimmrechtsaktien und für die Beseitigung von Statutenbestimmungen über die Erschwerung der Beschlußfassung in der Generalversammlung. Beide Maßnahmen führen in jedem Fall zu einer unmittelbaren Verschiebung des Machtverhältnisses in der Gesellschaft. Sie können direkt zur Schaffung einer Minderheit führen oder eine bestehende Minderheit in ihrer Stellung noch unmittelbar schwächen. Ein besonderer Minderheitenschutz ist auch hier absolut nötig. Darum werden diese zwei Maßnahmen in OR 648 mit der Zweckänderung derselben Erschwerung unterworfen. Dies, obwohl auch diese zwei Statutenänderungen, allgemein betrachtet, durchaus nicht die Bedeutung einer Zweckänderung haben.

Wie sehr es dem Gesetzgeber daran gelegen war, speziell für die Einführung von Stimmrechtsaktien einen wirksamen Minderheitenschutz zu schaffen, geht aus der zusätzlichen Schutzbestimmung von OR 706 II hervor.

Hier wird bestimmt: «Beschlüsse über die Einführung von Stimmrechtsaktien, sowie Beschlüsse, die infolge des erhöhten Stimmrechtes solcher Aktien zustandegekommen sind, können angefochten werden, wenn sie eine durch Gesellschaftszweck nicht geforderte offenbare Schädigung der Interessen von Aktionären mit sich bringen».

Solche Beschlüsse unterliegen der Anfechtung, auch wenn sie nicht gegen Gesetz oder Statuten verstoßen²¹.

Bei der qualifizierten Kapitalerhöhung erlangt das Minderheitenproblem nie die gleiche Bedeutung wie in den Statutenänderungen, die in OR 648 geregelt werden. Es kann zwar auch hier aktuell werden, wie auf Seite 120 näher ausgeführt wird, jedoch nur in sekundärer Weise.

Zur Ausschaltung der Gefahren, die sich mit einer qualifizierten Kapitalerhöhung verbinden, kommt es im wesentlichen nur darauf an, daß diese Maßnahmen in hinlänglicher Weise offenkundig gemacht werden. Das Publikum und die Aktionäre sollen sich über die Solidität der Maßnahme erkundigen können. Auch soll man die Verantwortlichen von Anfang an kennen. Die Idee des Minderheitenschutzes tritt in den Hintergrund.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß das qualifizierte Mehr für Statutenänderungen von überragender allgemeiner Bedeutung (Zweckänderung) und für Statutenänderungen, die für die Minder-

²¹ Schucany Art. 706 N 2.

heit besonders gefährlich werden können, die angemessene Erschwerung darstellt.

Wenn man nach den Erkenntnissen der neueren Lehre die Kapitalerhöhung als Statutenänderung auffaßt, so erscheint nach dieser Vergleichung die Quorumsbestimmung von OR 636 nicht gerechtfertigt. Die qualifizierte Kapitalerhöhung stellt nicht eine Statutenänderung von hervorragender allgemeiner Bedeutung dar, und der Minderheitenschutz wird nicht besonders aktuell. Im Verhältnis zu den Statutenänderungen von OR 648 ist das Erfordernis eines gleichen Quorums eine unnötige, sachlich nicht gerechtfertigte Erschwerung. Daß sie in das Gesetz hineingekommen ist, erklärt sich nur aus der Nachbildung des Vorganges der Kapitalerhöhung nach demjenigen der Gründung. Diese Nachbildung erfolgt jedoch zu Unrecht.

C. Die Statutenänderungen nach OR 649, 654, 657

aa) Allgemeines. Neben den Statutenänderungen von OR 648 sind diejenigen von OR 649 zum Vergleich heranzuziehen. Die Gruppe von Statutenänderungen, die in OR 649 geregelt werden, erweitert sich noch um die Tatbestände von OR 654 und OR 657. Insgesamt umfaßt also diese Gruppe folgende Statutenänderungen:

- Erweiterung des Geschäftsbereiches im Rahmen des Gesellschaftszweckes durch Aufnahme verwandter Gegenstände,
- Verengung des Geschäftsbereiches,
- Fusion,
- Fortsetzung der Gesellschaft über die in den Statuten bestimmte Zeit hinaus,
- Abänderung der Firma,
- Verlegung des Sitzes der Gesellschaft,
- Auflösung vor dem in den Statuten festgesetzten Termin,
- Ausgabe von Vorzugsaktien,
- Schaffung von Genußscheinen.

Die Beschlußfassung über all diese Tatbestände wurde im Gesetz denselben Erschwerungen unterworfen. Es wird eine qualifizierte Präsenz verlangt. An der beschließenden Generalversammlung müssen mindestens zwei Dritteile des Grundkapitals vertreten sein. (OR 649 I OR 655, OR 658). Diese Bestimmungen sind jedoch *dispositiver Natur*. In den angeführten Artikeln werden nämlich der gesetzlichen Ordnung entgegenstehende Statutenbestimmungen vorbehalten.

In Absatz 2 zu Artikel 649 OR wird weiter bestimmt:

«Wenn in einer ersten Generalversammlung nicht zwei Dritteile sämtlicher Aktien vertreten sind, so kann eine *zweite Versammlung* einberufen werden, an der die in diesem Artikel genannten Beschlüsse gefaßt werden können, auch wenn nur ein Drittel sämtlicher Aktien vertreten ist.» Weiter heißt es in Absatz 3 desselben Artikels: Sofern die Statuten nichts anderes vorschreiben, darf die zweite Generalversammlung nicht vor Ablauf von acht Tagen nach der ersten stattfinden. Auf diese zwei letzten Bestimmungen wird in OR 655 und 658 ausdrücklich verwiesen.

Die dispositive Natur dieser Bestimmungen und das reduzierte Vertretungsquorum in einer zweiten Generalversammlung machen das Erfordernis von OR 649 zu einer minimalen Erschwerung für die Beschlußfassung. Der Unterschied gegenüber der Erschwerung von OR 648 ist groß. Denn das qualifizierte Mehr, das OR 648 vorschreibt, beruht auf einer absolut zwingenden Gesetzesbestimmung. Auch ist keine Herabsetzung dieses Erfordernisses für eine zweite Generalversammlung vorgesehen²².

Dieser große Unterschied im Maße der beiden Erschwerungen setzt voraus, daß die Maßnahmen, für die die eine oder die andere Erschwerung gilt, ganz verschieden gefährlich sind. Auf diese logische Voraussetzung muß geachtet werden. Sie hat denn auch schon Beachtung gefunden, und zwar bei der Beurteilung des Verhältnisses, in dem Zweckänderung und Änderung des Geschäftsbereiches zueinander stehen²³.

Zweck und Geschäftsbereich sind nämlich nicht absolut feststehende Begriffe²⁴. Vor allem sind «die statutarischen Angaben darüber häufig ziemlich verschwommen»²⁵. Und doch gilt für die Zweckänderung die starke Erschwerung von OR 648, für die Änderung des Geschäftsbereiches das leichte Erfordernis von OR 649. Nach Siegwart²⁶ ist hier im Zweifelsfall «die Anwendbarkeit des Artikels 648 eher abzulehnen».

²² Geilinger legt dem Unterschied, den wir hier hervorheben keine wesentliche Bedeutung bei. So hält er z. B. 39 dafür daß «die zwei Drittel und drei Viertel im OR 648 und 649 (ohne Unterschied) an der obern Linie» der zulässigen Grenze liegen.

²³ Siegwart Art. 649 N 3; Geilinger 60.

²⁴ Über die Abgrenzung der beiden Begriffe vgl. Geilinger 34 ff.

²⁵ Siegwart Art. 649 N 3.

²⁶ Art. 649 N 6.

Denn nur beim ersten Tatbestand (der Zweckänderung) sei «das Bedürfnis nach einer starken Erschwerung der Beschlußfassung ein großes». Siegwart postuliert also im Hinblick auf die oben umschriebenen, unterschiedlichen Erschwerungen eine enge Interpretation des Begriffes Zweckänderung. Die starke Erleichterung von OR 648 soll grundlegenden Umwandlungen im Leben der Gesellschaft vorbehalten bleiben.

Diese Differenzierung wird vom Gesetz verlangt und ist sachlich absolut begründet. Ebenso sehr würde sich aber unseres Erachtens eine Differenzierung in der Behandlung von Zweckänderung und qualifizierter Kapitalerhöhung rechtfertigen. Denn die qualifizierte Kapitalerhöhung kann der Zweckänderung nicht als gleichbedeutend an die Seite gestellt werden²⁷.

bb) Sacheinlagen und Sachübernahmen im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung sind Maßnahmen, die der *Änderung des Geschäftsbereiches* sehr nahe stehen. Sie führen stets zur Begründung eines neuen Sachvermögens für die Gesellschaft²⁸. Die neuen Sachwerte bilden in der Regel einen einheitlichen Vermögenskomplex. Oft handelt es sich um die Einlegung oder den Erwerb eines gesamten Betriebes, eines Geschäftes, eines Aktienpaketes oder gar der Gesamtheit der Aktien einer Gesellschaft. Es geht hierbei also weitgehend um dieselben Maßnahmen wie bei der Erweiterung des Geschäftsbereiches. Als bekannte Beispiele für die Erweiterung des Geschäftsbereiches²⁹ führen wir an: Ankauf von Wirtschaften durch eine Bierbrauerei³⁰, Übernahme eines Berghotels durch eine Bergbahn³¹.

Diese Gegenüberstellung ergibt folgendes Bild unserer gesetzlichen Ordnung: Erfolgt der Erwerb eines Vermögenskomplexes nach obigen Beispielen im Zusammenhang mit einer Kapitalerhöhung als Sachübernahme, so ist das qualifizierte Mehr von OR 636 erforderlich, andernfalls genügt die qualifizierte Präsenz von OR 649.

Ist der Tatbestand der qualifizierten Kapitalerhöhung erfüllt, so kommen nach schweizerischer Praxis die Erschwerungen, die das Ge-

²⁷ Vgl. vorn 107 ff.

²⁸ Vgl. vorn 31.

²⁹ Eine begriffliche Umschreibung dessen, was als Änderung des Geschäftsbereiches zu betrachten ist, findet sich bei Geilinger 57 ff.

³⁰ Siegwart Art. 649 N 4.

³¹ Schucany Art. 626 N 4.

setz für die Erweiterung des Geschäftsbereiches vorschreibt, in Wegfall³².

Denn neben dem höheren Erfordernis von OR 636 ist dasjenige von OR 649 gegenstandslos. Nach der herrschenden Meinung über die positivrechtliche Regelung der Kapitalerhöhung ist gegen diese logische Folgerung nichts einzuwenden. Konstruiert man jedoch die Kapitalerhöhung als reine Statutenänderung, so entbehrt die Sonderbehandlung der qualifizierten Kapitalerhöhung einer inneren Begründung. Nach ihrer allgemeinen Bedeutung hält sich die qualifizierte Kapitalerhöhung durchaus im Rahmen einer Erweiterung des Geschäftsbereiches. Es ist nicht gerechtfertigt, den Vorgang der qualifizierten Kapitalerhöhung mehr zu erschweren, als den Vorgang der Erweiterung des Geschäftsbereiches. Das Erfordernis eines qualifizierten Mehrs nach OR 636 dient lediglich dem Minderheitenschutz. Dieser besondere Schutz ist bei der qualifizierten Kapitalerhöhung entbehrlich³³.

Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit für die qualifizierte Kapitalerhöhung gründet sich lediglich auf den Analogieschluß zur Gründung. Richtigerweise darf dieser Analogieschluß jedoch nicht gezogen werden. Verbindet sich mit der Kapitalerhöhung die Einlegung oder die Übernahme von festen Vermögenswerten, so sollte dafür höchstens die Erschwerung von OR 649 gelten, nicht die von OR 636. OR 649 wäre anzuwenden, wenn die Begründung des neuen Sachvermögens zugleich eine Erweiterung des Geschäftsbereiches darstellen würde.

cc) *Die Verengerung des Geschäftsbereiches* eignet sich zu einem Vergleich mit der Maßnahme der qualifizierten Kapitalerhöhung nicht. Die qualifizierte Kapitalerhöhung gehört zu jener Gruppe von Kapitalerhöhungen, die nach der Einteilung Rauchs³⁴ «eine Vermehrung des Gesellschaftsvermögens durch Fremdmittel» bezweckt. Bei der Verengerung des Geschäftsbereiches handelt es sich um eine Maßnahme, die mit der Erbringung von Fremdmitteln nichts gemein hat.

dd) Anders die *Fusion*. Wie die Ausführungen auf S. 103 ff. zeigen, kann die qualifizierte Kapitalerhöhung wirtschaftlich eine ähnliche Bedeutung wie die Fusion erlangen. Das OR kennt zwei Arten von

³² Siegwart Art. 657, 658 N 14.

³³ Vgl. hinten 121.

³⁴ 186 ff.

Fusion: die Übernahme einer Aktiengesellschaft durch eine andere (Annexion) OR 748 und die Vereinigung mehrerer Aktiengesellschaften (Kombination) OR 749³⁵. Uns interessieren hier die Erfordernisse, denen der Fusionsbeschluß der Generalversammlung genügen muß³⁶.

1. Als besondere Erschwerung für die Beschlußfassung bei der *Kombination* gilt das Erfordernis einer qualifizierten Präsenz nach OR 649. Dieses Quorum muß in der Generalversammlung der zu übernehmenden Gesellschaften erreicht werden. Für die Gründungsversammlung der neuen Gesellschaft ist es dann nicht mehr erforderlich.

Bei der Vereinigung mehrerer Aktiengesellschaften werden die Aktien der neu zu gründenden Gesellschaft «durch Sachwerte liberiert»³⁷. Die Sacheinlagebestimmungen finden auf den Fall der Kombination Anwendung³⁸. Der Gründungsvorgang stellt sich als eine qualifizierte Simultangründung dar. Für die qualifizierte Simultangründung kennt das OR nur geringfügige Kautelen³⁹. Die Statuten müssen über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile Aufschluß geben. Ferner muß im Errichtungsakt angeführt werden, daß die Mindestliberierung ganz oder zum Teil durch Sacheinlagen erbracht wird, daß die Bestimmungen der Statuten (628) über Sacheinlagen, Übernahme von Vermögenswerten und Gründervorteile genehmigt werden, daß die Einlage- oder Übernahmeverträge vorgelegt worden sind⁴⁰. Es muß jedoch kein Gründerbericht erstattet werden, und eine besondere Abstimmung im Sinne von OR 636 findet nicht statt⁴¹. Demgemäß verlangt das Gesetz, nach v. Steiger, für die Fusion in der Form der Kombination, «daß beide Gesellschaften in öffentlicher Urkunde den Fusionsvertrag abschließen, die Statuten der neuen Gesellschaft festsetzen, die Übernahme sämtlicher Aktien und die Einbringung des Vermögens der fusionierenden Gesellschaften bestätigen».

³⁵ Scherrer 46f.

³⁶ Über den Abschluß des Fusionsvertrages in öffentlicher Urkunde und weitere Formalien für die Fusion vgl. v. Steiger 338f., 346.

³⁷ v. Steiger 346; Gilson 213.

³⁸ Gadow 150, Anm. 2.

³⁹ Vgl. vorn 94.

⁴⁰ OR 638 Absätze 2 bis 4.

⁴¹ Eine Kritik dieser gesetzlichen Ordnung findet sich bei Folliet 159. Folliet erblickt in dieser Regelung der qualifizierten Simultangründung einen Mangel des Gesetzes und postuliert auch für diese Art von Gründung wie für die qualifizierte Sukzessivgründung und für die qualifizierte Kapitalerhöhung zusätzliche Kautelen, zumindestens die Veröffentlichung eines Gründerberichtes.

Die typischen Kautelen für die Tatbestände von OR 628: der besondere Bericht (OR 631) und die qualifizierte Abstimmung (OR 636) sind nicht zu beachten⁴².

Der Beschluß, zu fusionieren, hat allgemein zweifellos mehr Bedeutung als der Beschluß, eine qualifizierte Kapitalerhöhung vorzunehmen. Freilich kennt das Gesetz für die Fusion viele zusätzliche Schutzbestimmungen. Sie dienen jedoch vornehmlich der Wahrung der Gläubigerinteressen. Für den Schutz der Minderheit, der bei einer Fusion ebenso angebracht erscheint wie bei der Kapitalerhöhung, wird jedoch die dispositive Bestimmung von OR 649 vom Gesetzgeber als genügend erachtet.

2. Wie liegen die Verhältnisse bei der *Annexion*?

Sowohl in der übernehmenden als auch in der zu übernehmenden Gesellschaft hat die Generalversammlung über den Fusionsplan zu beschließen. Für diese Beschlußfassung gilt das Erfordernis der qualifizierten Präsenz von zwei Dritteln des Grundkapitals. Insofern verhalten sich hier die Dinge gleich wie bei der Kombination.

Um die Aktionäre der zu übernehmenden Gesellschaft mit neuen Aktien der übernehmenden Gesellschaft abfinden zu können, muß bei letzterer im allgemeinen eine Kapitalerhöhung vorgenommen werden. Wie v. Steiger 338 darlegt, handelt es sich hierbei um eine Sachkapitalerhöhung. Die Liberierung der neuen Aktien erfolgt nicht durch Zahlung, sondern «durch Sachwerte in Gestalt des Vermögens der zu inkorporierenden Gesellschaft». Demgemäß muß die Kapitalerhöhung in allen Teilen als qualifizierte Kapitalerhöhung behandelt werden. Auch der Gründerbericht ist zu erstatten, und es ist, wie den Ausführungen von v. Steiger weiter entnommen werden kann, auch die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 durchzuführen.

Auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft würde es demnach eine doppelte Erschwerung der Beschlußfassung geben: die qualifizierte

⁴² v. Steiger verlangt S. 367 in strikter Einhaltung der in OR 748 enthaltenen Verweisung auf die Gründungsbestimmungen, daß in der öffentlichen Urkunde über die Gründungsversammlung erklärt werde: gestützt auf diese Beschlüsse, erklären die *Anwesenden einstimmig* die neue Gesellschaft für gegründet. Diese Ansicht ist wohl kaum haltbar. Der in OR 638 geforderten Einstimmigkeit für die Gründung wird bei der Fusion dadurch Genüge geleistet, daß die beiden oder mehreren fusionierenden *Gesellschaften* den gemeinsamen Willen kundtun, die neue Gesellschaft zu gründen. In dieser Beziehung sind die Gesellschaften selber als Gründer zu betrachten, nicht die einzelnen Gesellschafter.

Präsenz für den Fusionsbeschluß und die qualifizierte Abstimmung für die Kapitalerhöhung. Die Doppelspurigkeit von Kapitalerhöhungskautelen und Fusionskautelen erschwert die Annexion gegenüber der Kombination in erheblichem Maße. Es ist aber nicht einzusehen, warum die Annexion mit mehr Schutzbestimmungen sollte umgeben werden. Das Quorum von OR 636 erscheint entbehrlich.

Hier ist wohl Copper Royer Nr. 23 Recht zu geben, wenn er Apportkapitalerhöhung und Fusion als selbständige Institutionen einander gegenüberstellt⁴³. Die Fusion ist als einheitliche, selbständige Institution aufzufassen. Die speziellen Kautelen der qualifizierten Kapitalerhöhung sind nur subsidiär anwendbar.

Dann ist auch die Fusion in der Form der Annexion von der starken Erschwerung in Gestalt der qualifizierten Abstimmung nach OR 636 zu befreien. Selbst der besondere Bericht erscheint entbehrlich: die speziellen Publizitätsvorschriften für die Fusion machen ihn überflüssig.

Auch diese Art Fusion steht allgemein der qualifizierten Kapitalerhöhung an Bedeutung nicht nach. Sie ist, wie die gemachten Ausführungen zeigen, ihr sogar übergeordnet.

Der Minderheitenschutz ist bei dieser Art von Fusion nicht minder bedeutungsvoll als bei einer qualifizierten Kapitalerhöhung. Auch im Verhältnis zur Regelung der Annexion erscheint darum die qualifizierte Abstimmung für die Kapitalerhöhung als zu starke Erschwerung des Vorganges.

Von den übrigen Statutenänderungen, für die die geringe Erschwerung von OR 649 gilt, können nur noch die Ausgabe von Vorzugsaktien und die Schaffung von Genußscheinen zu Vergleich herangezogen werden⁴⁴.

ee) Mit der *Ausgabe von Vorzugsaktien* können nach Siegwart⁴⁵ folgende Vorrechte geschaffen werden: Eine Bevorzugung im Dividendenanspruch, Vorrechte am Liquidationserlös, Vorrechte auf den Bezug neuer Aktien, Vorrecht auf Bezug von Genußscheinen, Anspruch

⁴³ In der Einleitung I. führt dieser Autor aus «l'apport est une chose, la fusion en est une autre».

⁴⁴ Weil für unseren Vergleich ungeeignet, lassen wir folgende Statutenänderungen außer Betracht: Fortsetzung der Gesellschaft über die in den Statuten bestimmte Zeit hinaus, Abänderung der Firma, Verlegung des Sitzes der Gesellschaft, Auflösung vor dem in den Statuten festgesetzten Termin.

⁴⁵ Art. 654 N 4ff.

auf Rückzahlung aus dem Gewinn vor oder nach der Dividendenzahlung an die Stammaktionäre, Begünstigung bei der Benützung der gesellschaftlichen Einrichtungen.

Wie diese Aufzählung zeigt, handelt es sich um dieselben Rechte und Begünstigungen, die auch bei einer qualifizierten Kapitalerhöhung, insbesondere durch die Gewährung besonderer Vorteile, begründet werden. Das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit nach OR 636 für die qualifizierte Kapitalerhöhung harmoniert darum auch mit der gesetzlichen Regelung der Ausgabe von Vorzugsaktien nicht.

ff) Auch mit der *Ausgabe von Genußscheinen* werden inhaltlich weitgehend dieselben Rechte und Begünstigungen geschaffen, wie bei der Gewährung von besonderen Vorteilen. Besondere Vorteile werden darum auch oft in Form von Genußscheinen verkörpert.

Es zeigt sich hier wieder die eigentümliche Situation, daß das Gesetz für dieselben Maßnahmen das eine Mal die qualifizierte Präsenz von OR 649 verlangt, das andere Mal das qualifizierte Mehr von OR 636. Die Ausgabe von Genußscheinen allein untersteht nur dem Erfordernis einer qualifizierten Präsenz: verbindet sich jedoch diese Maßnahme mit einer Kapitalerhöhung, so muß die Beschlußfassung dem Quorum von zwei Dritteln des Grundkapitals genügen. Diese differenzierte Gestaltung unseres positiven Rechtes ist eine Folge der Verweisungstechnik des Gesetzes. Gründungsbestimmungen sind neben speziellen Statutenänderungsbestimmungen zu beachten. Daraus ergibt sich eine Doppelspurigkeit. Diese kann unseres Erachtens nur aus dem Gesichtspunkt richtig gelöst werden, daß man den Statutenänderungsbestimmungen den Primat zuerkennt. Die Gründungsbestimmungen sind immer nur zur Ergänzung der speziellen Regelung der Statutenänderung heranzuziehen.

Wenn für die Ausgabe von Genußscheinen allgemein die qualifizierte Präsenz genügt, so besteht kein Grund, im Falle der Kapitalerhöhung für dieselbe Maßnahme ein höheres Erfordernis zu statuieren.

Mit Rücksicht auf die systematische Stellung der Kapitalerhöhung erscheint es darum gerechtfertigt, vom Erfordernis der besonderen, erschwerenden Abstimmung nach OR 636 im Falle der Kapitalerhöhung abzusehen.

An diesem Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung kann auch unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Gesetzesinterpretation festgehalten werden:

2. Die teleologische Interpretation

a) Allgemeines

Die gemeinsame Gefahr, die die Tatbestände von OR 628 in sich bergen, besteht nach Siegwart⁴⁶ darin, «daß die Gründer oder ihnen nahe stehende Personen für ihr Interesse in ungebührlicher Weise sorgen». Diese Gefahr besteht nicht nur bei der Gründung, sondern auch bei der Kapitalerhöhung. Für beide Fälle hat das Gesetz Kautelen aufgestellt. Diese dienen demselben Zweck: Die mißbilligten Auswirkungen von Sacheinlagen, Sachübernahmen und besonderen Vorteilen sollen verunmöglicht werden.

Die Gefährlichkeit der genannten Maßnahmen ist jedoch bei der Kapitalerhöhung doch etwas anders zu beurteilen als bei der Gründung. Das soll im folgenden noch näher dargelegt werden.

Die schädlichen Auswirkungen der Qualifikationstatbestände von OR 628 lassen sich bei der Kapitalerhöhung unter zwei Gesichtspunkten zusammenfassen: Entweder ist eine Täuschung des Vertrauens auf die erfolgten Publikationen gegeben, oder dann liegt eine Beeinträchtigung erworbener Rechte vor.

Die Gründungskautelen dienen nur dem Vertrauensschutz: Publikumsaktionäre und Gläubiger sollen in ihrem Glauben an das tatsächliche Vorhandensein des Grundkapitals geschützt werden. Die Kapitalerhöhungskautelen bezwecken diesen Vertrauensschutz auch, und zwar im Interesse der neuen Aktionäre und der neuen Gläubiger. Daneben wirken sich diese Bestimmungen aber auch zum Schutz erworbener Rechte aus. Sie dienen auch den Interessen der bisherigen Aktionäre und der bisherigen Gläubiger. Die Rechte der bisherigen Aktionäre und Gläubiger können durch die Maßnahmen der qualifizierten Kapitalerhöhung tatsächlich beeinträchtigt werden. Von dem Vertrauensschutz, den die Bestimmungen von OR 628 allgemein geben, kann hiebei jedoch nicht mehr die Rede sein. Die alten Aktionäre und Gläubiger können nicht unter dem Eindruck der erst später erfolgten Veröffentlichungen über die Kapitalerhöhung der Gesellschaft beigetreten sein, bzw. ihr Kredit gewährt haben. Ihre Rechte werden gegebenenfalls in ihrem bisherigen Bestand beeinträchtigt. Doch sollen auch die alten Aktionäre und Gläubiger den Schutz der Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung für sich in Anspruch nehmen können. Ihre Rechtslage unterscheidet sich ja von

⁴⁶ Art. 628 N 1.

derjenigen der neuen Aktionäre und Gläubiger nur dadurch, daß bei ihnen die Gefahren, die OR 650 II auszuschalten sucht, sich unmittelbar auswirken. Diese Gefahren treten hier nicht nur als Täuschung der für die Zukunft gehegten Hoffnungen in Erscheinung.

b) Der Vertrauensschutz

Insofern die Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung dem Vertrauensschutz dienen, kommt ihnen grundsätzlich dieselbe Bedeutung zu wie den Bestimmungen über die qualifizierte Gründung. Eine schwindelhafte Kapitalerhöhung kann an sich die Rechte der künftigen Aktionäre⁴⁷ und der neuen Gläubiger ebenso sehr schädigen wie eine schwindelhafte Gründung.

Praktisch ist die Gefahr bei der Kapitalerhöhung allerdings im allgemeinen doch geringer als bei der Gründung. Das bisherige Besehen der Gesellschaft verbürgt doch eine gewisse Garantie dafür, daß die Gesellschaft auch in Zukunft ihren Verpflichtungen genügen und die Erwartungen der Gesellschafter erfüllen werde. Für das Weiterbestehen einer Gesellschaft gibt es allgemein weniger Unsicherheitsmomente als für die Lebensfähigkeit einer erst zu gründenden Gesellschaft.

Auch können an die Vigilanz der Aktienzeichner und der Gläubiger bei einer Kapitalerhöhung höhere Anforderungen gestellt werden als bei einer Gesellschaftsgründung. Denn bei einer Gesellschaft, die ihr Kapital erhöht, kann man besser in Erfahrung bringen, mit wem man es zu tun hat.

Nach K. Rauch 112 tritt «der die Gründung beherrschende Gedanke der Kapitalsicherung hier (das heißt bei der Kapitalerhöhung) zurück». Tatsächlich stellt der Kreditgeber gegenüber einer bestehenden Gesellschaft nicht so sehr auf die vorhandene Haftungsgrundlage, als vielmehr auf das Vertrauen, das man den Leitern der Unternehmung entgegenbringen kann, ab.

Eine Minderung der Schutzmaßnahmen für die Kapitalerhöhung im Vergleich zur Gründung läßt sich aus diesen Gründen, sowohl mit Rücksicht auf die neuen Aktionäre, als auch mit Rücksicht auf die neuen Gläubiger rechtfertigen.

⁴⁷ Zu dieser Gruppe von Aktionären zählen die Aktionäre, die anlässlich der Kapitalerhöhung Aktien zeichnen, ohne an den Vereinbarungen, die die Kapitalerhöhung qualifizieren, beteiligt zu sein, und die Aktionäre, die nach der Kapitalerhöhung Aktien auf dem Markte kaufen.

c) Der Schutz der erworbenen Rechte

Besonderheiten zeigen sich auch bei der Beurteilung der Kapitalerhöhungskautelen in ihrer Schutzfunktion zugunsten erworbener Rechte.

Die Schutzbedürftigkeit dieser Rechte läßt sich besser beurteilen als das Bedürfnis nach Vertrauensschutz. Die Verletzungen dieser Rechte lassen sich objektiv feststellen. Die Gefahren der qualifizierten Kapitalerhöhung wirken sich hier unmittelbar aus. Arbeitet man bei der Beurteilung des Vertrauensschutzes ausschließlich mit Hypothesen, so kann man hier weitgehend auf konkrete Schädigungen abstellen.

Die Rechte der Aktionäre und die Rechte der Gläubiger sind dabei getrennt zu betrachten.

aa) Die Rechte der bisherigen Aktionäre

Die Beeinträchtigung des Vermögens, die Wegschöpfung des Gewinnes und die Verschiebung des Machtverhältnisses als mögliche, unerwünschte Folgen einer qualifizierten Kapitalerhöhung⁴⁸ wirken sich auf die Rechte des bisherigen Aktionäre folgendermaßen aus:

1. Wirkungen der Beeinträchtigungen des Vermögens der Gesellschaft

Von dem mit dem Aktientitel sich verbindenden Vermögensrechten des Gesellschafters sind zunächst der Anspruch auf Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft und der Anspruch auf Beteiligung am Liquidationsergebnis zu betrachten.

Der Gewinn und das Liquidationsergebnis sind in ihrem Bestand davon abhängig, daß ein Überschuß der Aktiven über die Passiven der Gesellschaft gegeben ist. Beim Gewinn handelt es sich um den Überschuß in der Jahresbilanz, beim Liquidationsergebnis um den Überschuß, den die Liquidationsbilanz ausweist. Eine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens äußert sich in beiden Bilanzen in einer Verminderung der Aktiven. Der Überschuß der Aktiven über die Passiven schrumpft im gleichen Umfang zusammen, in welchem die Aktiven kleiner werden. Eine Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens tangiert demnach sowohl den vermögensrechtlichen Anspruch der bisherigen Aktionäre auf Beteiligung am Jahresergebnis, als auch ihren Anspruch auf Beteiligung am Liquidat.

⁴⁸ Vgl. vorn 11f.

Das *Bezugsrecht*, das man auch zu den Vermögensrechten zählt⁴⁹, fällt bei Sacheinlagen besonders leicht weg. Die neuen Aktien sind ja dazu bestimmt, im Austausch gegen die einzulegenden Sachwerte hingegeben zu werden⁵⁰. Aber auch bei Sachübernahmen wird das Bezugsrecht der alten Aktionäre häufig nicht respektiert. Die dabei zur Ausgabe gelangten Baraktien werden im modernen Wirtschaftsleben gewöhnlich von einem Bankinstitut gesamthaft übernommen. Die Bank ihrerseits kann dann die jungen Aktien jenen Kreisen zukommen lassen, die die Sachleistung erbracht haben⁵¹.

Außer Betracht fällt das Recht auf *Bauzinsen*. Diese stellen nämlich Drittrechte dar⁵².

2. Wirkungen der Wegschöpfung des Gewinnes

Jede Wegschöpfung des Gewinnes hat für die Aktionäre eine Schädigung des vermögensrechtlichen Anspruchs auf Beteiligung am Jahresgewinn zur Folge. Bevor die Aktionäre sich in den erzielten Gewinn teilen können, wird ein bestimmter Teil desselben ausgeschieden und der begünstigten Person zugewiesen. Je nachdem ob die Wegschöpfung auf Grund eines besonderen Vorteils oder auf Grund der Schaffung neuer, gewinnberechtigter Aktientitel erfolgt, kann sie in verschiedenen Formen auftreten und mehr oder weniger große Ausmaße annehmen. In allen diesen Fällen ist jedoch eine Schädigung der Gewinnchancen der Aktionäre gegeben: denn es steht diesen nach unserem Aktienrecht ein grundsätzlich unbeschränkter Anspruch auf Beteiligung am Geschäftsergebnis zu⁵³.

Hingegen ist der Anspruch des Aktionärs auf Beteiligung am Liquidationsergebnis durch eine Wegschöpfung des Gewinnes nicht tangiert. Ob nämlich der erzielte Gewinn an eine einzelne Person oder an eine Mehrheit von Aktionären gelangt, ist für den Bestand des Vermögens der Gesellschaft gleichgültig.

3. Wirkung der Verschiebung des Machtverhältnisses

Die Begründung von eigentlichen Stimmrechtsaktien fällt außerhalb des Rahmens der vorliegenden Arbeit⁵⁴. Die Herrschaftsrechte

⁴⁹ Weiß SJZ 39, 535 Sparte 2.

⁵⁰ Siegwart Art. 653 N 11.

⁵¹ Vgl. dazu vorn 53.

⁵² Weiß, SJZ 39, 636, Sparte 1.

⁵³ OR 675; Siegwart Art. 628 N 67.

⁵⁴ Vgl. vorn 110.

der alten Aktionäre können aber auch schon durch die Schaffung junger, den neuen Aktionären vorbehaltenen Aktien beeinträchtigt werden. Auch diese mittelbare Beeinträchtigung kann für die alten Aktionäre spürbare Folgen haben.

Denn ihre Mitgliedschaftsrechte erfahren dabei insofern eine Minderung, als gegenüber der vergrößerten Anzahl Aktien die einzelne Aktie ein kleineres Gewicht bekommt. Das wirkt sich aus bei den Abstimmungen in der Generalversammlung; das wirkt sich aber auch aus bei der Ausübung der sogenannten Minderheitsrechte. Man denke zum Beispiel an OR 736 Ziff. 4, wo für die richterliche Auflösung der Aktiengesellschaft aus wichtigen Gründen vorausgesetzt wird, daß die Ergreifung dieser Maßnahme von Aktionären verlangt werde, «die zusammen mindestens den fünften Teil des Grundkapitals vertreten».

Im einzelnen Fall können die Wirkungen besonders spürbar sein. Bisher waren die Machtverhältnisse in der Gesellschaft vielleicht ausgeglichen. Dieses Gleichgewicht der Kräfte wird gestört. Die neuen Aktionäre werden sich mit sicherer Aussicht einer bestimmten Gruppe von Aktionären anschließen. Die übrigen Aktionäre werden in Minderheit versetzt. Sie werden darum künftig unter allen Nachteilen, die für Minderheitsaktionäre bestehen, zu leiden haben.

4. Die Schutzbedürftigkeit der Rechte der bisherigen Aktionäre

Im Hinblick auf diese Rechte werden die Probleme des Minderheitenschutzes aktuell. Darum verdienen hier die allgemeinen Grundsätze, die sich in unserem Rechte für den Schutz wohlervorbener Rechte herausgebildet haben, Berücksichtigung.

Das Bezugsrecht, das Dividendenrecht, das Recht auf Beteiligung am Liquidationsergebnis und das Stimmrecht stehen hier im Spiel. Diese Rechte zählen zum Teil zu jenen Rechten des Aktionärs, die ihm auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses, gegebenenfalls eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses, entzogen werden können. Zum Teil zählen sie aber auch zu jenen Ansprüchen, die als wohlervorbene Rechte nach dem Text unseres Gesetzes OR 646 nur mit der Zustimmung des einzelnen Aktionärs entziehbar sind. Es ist jedoch zu beachten, daß auch diese zuletzt genannte Gruppe von Rechten nur insofern ohne Zustimmung des Aktionärs keine Veränderung erfahren darf, als diese Rechte nicht unter einen bestimmten Mindestinhalt herabgemindert werden dürfen. Minderungen dieser Rechte sind erst

dann unzulässig, wenn sie gegen das Verbot des Rechtsmißbrauches verstoßen oder widerrechtlich sind⁵⁵.

In der Tat kann man gegen eine Herabsetzung der Bedeutung der einzelnen Aktie für die Beteiligung an einer Neuemission von Aktien, am Liquidat, am Gewinn und an der Machtausübung nichts einwenden. Diese Folgen können bei jeder Kapitalerhöhung, auch bei der nicht qualifizierten eintreten. Dazu genügt, daß das Bezugsrecht auf Grund der Statuten oder des Kapitalerhöhungsbeschlusses ausgeschaltet werde. Unser Aktienrecht läßt eine derartige Hintansetzung der Rechte der bisherigen Aktionäre grundsätzlich zu. Es gibt kein Recht auf Beibehaltung des bisherigen Kapitals⁵⁶. Auch kann dem Bezugsrecht der alten Aktionäre derogiert werden.

Bei der qualifizierten Kapitalerhöhung können die Aktionäre jedoch besonders leicht geschädigt werden. Wenn neue Mitgliedschaftsrechte auf Grund überwerteter Sacheinlagen begründet werden, so kaufen sich die neuen Aktionäre nicht gebührend in ihre Rechte ein. Materiell zum gleichen Ergebnis führt es, wenn für Sachübernahmen ein zu hoher Preis vereinbart wird, ferner auch wenn aus dem Gesellschaftsvermögen ein übersetzter besonderer Vorteil honoriert wird. In allen diesen Fällen sind die Bestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung geeignet, in besonders wirksamer Weise die vermögensrechtlichen und mitgliedschaftlichen Ansprüche der bisherigen Aktionäre gegen eine mißbräuchliche, sachlich nicht gerechtfertigte Beeinträchtigung zu schützen.

Das Ziel der allgemeinen Grundsätze und der speziellen Schutznormen der qualifizierten Kapitalerhöhung ist also dasselbe. Unterschiede bestehen nur in den Mitteln, die zur Erreichung dieses Zieles angewendet werden. Die allgemeinen Grundsätze stellen ein «auf billiger Interessenabwägung aufgebautes Schutzprinzip», die Normativbestimmungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung «konkrete Schutznormen» dar⁵⁷.

Die konkreten Schutznormen wirken jedoch stärker. Schon ein Verstoß gegen die vielfältigen Formvorschriften begründet eine Anfechtungs- oder gar eine Nichtigkeitsklage⁵⁸. In dieser erhöhten Schutzwirkung liegt die besondere Bedeutung der Normativbestim-

⁵⁵ Weiß, SJZ 39, 516.

⁵⁶ v. Steiger 276; BGE 26 II 432.

⁵⁷ Weiß, SJZ 39, 514, Sparte 1.

⁵⁸ Vgl. vorn 85f.

mungen über die qualifizierte Kapitalerhöhung. Der besondere Schutz ist geboten, weil die Tatbestände von OR 628 Gefahren in sich bergen, denen man mit den allgemeinen Schutznormen nicht wirksam genug begegnen könnte. Der besondere Vorteil der konkreten Schutznorm ist darin zu erblicken, daß sie im Einzelfall präventiv wirkt.

Die Aufstellung konkreter Schutznormen entspricht jedoch einer älteren Schutzmethode. Es besteht heute die Tendenz, mehr durch die Ausbildung von allgemeinen Grundsätzen für den erforderlichen Interessenschutz zu sorgen⁵⁹. Die konkreten Schutznormen werden aber neben den allgemeinen Grundsätzen immer noch beachtet. Es kommt ihnen aber doch wohl nur eine ergänzende Funktion zu. Wo die Möglichkeit besteht, darf man sie in ihrer Bedeutung beschränken. Unter diesem Gesichtspunkt kann man unseres Erachtens die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 bei der Kapitalerhöhung weglassen. Denn die Beibehaltung dieser Bestimmung stellt eine übermäßige Erschwerung der Beschlußfassung dar. Die übrigen konkreten Schutznormen genügen, um die qualifizierte Kapitalerhöhung mit dem erforderlichen besonderen Schutz zu versehen.

bb) Die Rechte der bisherigen Gläubiger

Die Rechte der bisherigen Gläubiger dürfen als Drittrechte durch die Generalversammlung überhaupt keine Einschränkungen erfahren⁶⁰. Durch eine bei der Kapitalerhöhung gegebenenfalls eintretende Verwässerung des Grundkapitals können jedoch die Drittrechte insofern in Mitleidenschaft gezogen werden, als die bisherige Haftungsgrundlage der Gesellschaft eine Minderung erfährt. Doch erscheint diese Gefährdung als praktisch nicht sehr bedeutungsvoll:

1. Es ist für diese Rechte gleich, was mit dem Gewinn der Gesellschaft geschieht; denn ein *Gewinn* kann nur dann ausgewiesen werden, wenn alle Passiven der Gesellschaft gedeckt sind. Zu den Gesellschaftspassiven zählen aber vor allem die Verpflichtungen gegenüber den Gläubigern.

2. Eine *Verschiebung des Machtverhältnisses* bei den einzelnen an der Gesellschaft beteiligten Aktionärgruppen läßt die Rechte der Gläubiger auch unberührt.

⁵⁹ Weiß, SJZ 39, 514, Sparte 1.

⁶⁰ Weiß, SJZ 39, 514, Sparte 1.

3. Für die Wahrung der Rechte der Gläubiger kann nur die *Beinträchtigung des Vermögens* der Gesellschaft gefährlich werden. Im einzelnen läßt sich dazu folgendes feststellen:

Sacheinlagen können, auch wenn sie überbewertet werden, die Stellung der bisherigen Aktionäre nur verbessern; Sacheinlagen vergrößern in jedem Falle das Haftungssubstrat der Gesellschaft, ohne dem Inferenten ein Recht zu vermitteln, das mit den Ansprüchen der Gläubiger konkurrieren würde.

Überbewertete *Sachübernahmen* hingegen bringen eine effektive Gefährdung der Gläubigerinteressen mit sich. Der Veräußerer des Illationsgegenstandes erlangt nämlich eine gewöhnliche Forderung gegen die Gesellschaft. Diese greift das bisherige Haftungssubstrat der Gesellschaft im gleichen Umfange an, als eine Überbewertung besteht.

Von den *besonderen Vorteilen* können nur die, die eine Zuwendung aus dem Gesellschaftsvermögen statuieren, für die Forderungen der bisherigen Gläubiger gefährlich werden. Beteiligungen am Gewinn und am Liquidationsergebnis lassen das Haftungssubstrat der Gesellschaft unberührt. Andere individualrechtliche besondere Vorteile, wie Ansprüche auf die Abwicklung des Bankverkehrs der Gesellschaft, fallen auch außer Betracht.

Im allgemeinen wird jedoch die Gesellschaft durch die Kapitalerhöhung eine Vermögensvermehrung erfahren, die eventuell eintretende Schädigungen überwiegt. Es bedeutet darum keine unbillige Beschränkung des Schutzes der bisherigen Gläubiger, wenn man auf die qualifizierte Abstimmung nach OR 636 verzichtet. Zum Schutze der Gläubiger wirken ja vor allem die Publizitätsmaßnahmen, die bei der qualifizierten Kapitalerhöhung getroffen werden müssen.

VIII. Die Anmeldung des Feststellungsbeschlusses beim Handelsregisteramt

Mit der zweiten Generalversammlung wird die Kapitalerhöhung für die Gesellschaft und für die Aktienzeichner perfekt¹. Um der Neugestaltung der Gesellschaft auch nach außen Wirksamkeit zu verleihen, muß die Statutenänderung aber noch in das Handelsregister eingetragen werden².

¹ Über die Unterscheidung von Errichtung und Entstehung der Gesellschaft bei der Gründung vgl. Bachmann aOR 623, Anm. 2 und 3; v. Salis nimmt 101 eine entsprechende Scheidung auch für den Fall der Kapitalerhöhung vor.

² Vgl. vorn 52.

Die Eintragung ist durch die Organe der Gesellschaft zu veranlassen. Es muß dazu der Feststellungsbeschluß dem Handelsregisteramt eingereicht werden³. Dem Feststellungsbeschluß ist die öffentliche Urkunde über die zweite Generalversammlung beizulegen⁴. Sofern der besondere Bericht der Verwaltung und der Prospekt nicht schon früher dem Amte zugestellt wurden⁵, so muß dies gleichfalls spätestens mit der Anmeldung des Feststellungsbeschlusses erfolgen. Auch die besonderen Beschlüsse über Sacheinlagen, Sachübernahmen und besondere Vorteile, sowie die Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge sind beizulegen⁶.

Bei der Emission neuer Aktien wirkt im modernen Wirtschaftsleben meist eine Bank mit. Die Bank zeichnet dann die Aktien als Baraktien und verpflichtet sich, diese Aktien jenen Personen zukommen zu lassen, die als definitive neue Aktionäre sich an der Gesellschaft neu beteiligen. Die einzubringenden Vermögenswerte werden dann von diesen Aktionären im Rahmen eines Sachübernahmevertrages an die Gesellschaft übereignet. Eine interessante Abwandlung dieses Tatbestandes liegt dann vor, wenn es sich bei den einzubringenden Vermögenswerten um Aktien einer anderen Gesellschaft handelt, die als Tochtergesellschaft einem Holding angegliedert werden soll⁷. In einem solchen Fall kann der Sachübernahmevertrag nicht mit jedem einzelnen Aktionär abgeschlossen werden. Zweckmäßigerweise vereinbaren hier die beiden Gesellschaften, daß die alten Aktien bei der Bank, die die Zeichnung vornimmt, eingesammelt werden. Dann überträgt die Bank die Aktien der neuen Tochtergesellschaft als Gegenstand einer Sachübernahme an die Muttergesellschaft. Unter diesen Umständen liegt eine Mehrzahl von Verträgen, die auf die Illation Bezug nehmen, vor. Es fragt sich welcher Vertrag als Sachübernahmevertrag dem Handelsregisteramt einzureichen ist. Soll es der Vertrag mit der Tochtergesellschaft sein, wonach deren Aktionäre den Umtausch ihrer alten Aktien gegen neue Aktien der Muttergesellschaft bei der Bank vornehmen werden, oder der Vertrag mit der Bank, wonach diese den Umtausch durchführen

³ OR 653 I.

⁴ OR 650 II in Verbindung mit OR 640 vgl. auch OR 637.

⁵ Vgl. vorn 103.

⁶ OR 653 I zweiter Satz. Die besonderen Vorteile werden zwar im Gesetz nicht erwähnt, vgl. dazu vorn 25.

⁷ Vgl. die Darlegung dieses Sachverhaltes vorn 108.

und die eingesammelten Aktien der Tochtergesellschaft an die Muttergesellschaft übereignen werde.

Wie wir auf Seite 40 ff. ausführten, hat die große Affinität zwischen Sacheinlage und Sachübernahme zur Folge, daß man sich an die rein formellen Gegebenheiten halten kann. Das gilt, wie an soeben angegebener Stelle ausgeführt wurde, schon für die Unterscheidung zwischen Sacheinlage und Sachübernahme. Demzufolge liegt im vorliegenden Fall eine Sachübernahme vor; Aktienzeichnerin ist die Bank. Diese erfüllt ihre Liberierungspflicht in bar. Daneben wird zwischen ihr und der Muttergesellschaft ein Kaufgeschäft abgeschlossen, wonach die Bank die Aktien gegen einen bestimmten Preis der Muttergesellschaft übereignet. Das Liberierungsgeschäft und das Kaufgeschäft stehen formell selbständig einander gegenüber. Es liegt der spezielle, in OR 628 Absatz 2 vorgesehene Tatbestand vor, in dem «die Gesellschaft von Aktionären (der Bank) Vermögenswerte übernimmt».

Dieser im Sinne des Gesetzes liegenden Betrachtungsweise entspricht es, daß man den Vertragsabschluß zwischen der Muttergesellschaft und der anzugliedernden Tochtergesellschaft außer Betracht läßt. Dieser Vertrag stellt ja auch weder einen Sachübernahme- noch einen Sacheinlagevertrag im Sinne des Gesetzes dar. Nur der Vertrag mit der Bank ist ein Sachübernahmevertrag und muß darum allein dem Handelsregisteramt eingereicht werden.

Diese Ordnung rechtfertigt sich noch aus folgendem Grund: Die Einrichtung der Sacheinlage- und Sachübernahmeverträge ist vorgeschrieben, weil das Amt über die nötigen Unterlagen verfügen soll, um seiner Kognitionspflicht zu genügen. Über die Verhältnisse bei der zu übernehmenden Tochtergesellschaft kann sich das Amt in hinlänglicher Weise, auf Grund des besonderen Berichtes der Verwaltung, orientieren. Denn dieser Bericht muß nach OR 630 Ziff. 1 «Auskunft erteilen über die Art und den Zustand der einzubringenden oder zu übernehmenden Vermögenswerte und die Angemessenheit der dafür berechneten Wertansätze.»

IX. Die Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister

Gemäß OR 641 Ziff. 6 hat diese Eintragung «Gegenstand und Anrechnung der Sacheinlagen und der übernommenen Vermögenswerte sowie Inhalt und Wert der Gründervorteile» anzugeben.

X. Die Veröffentlichung im Handelsamtsblatt

Sie weist mit Bezug auf die Tatbestände von OR 628 denselben Inhalt auf wie die Eintragung in das Handelsregister¹.

§ 13. Das Simultanverfahren

I. Allgemeines

Simultan ist das Verfahren der Kapitalerhöhung dann, wenn der Kapitalerhöhungsbeschluß und der Feststellungsbeschluß in derselben Generalversammlung gefaßt werden¹.

Die Fassung dieser Beschlüsse unterscheidet die simultane Kapitalerhöhung grundsätzlich von der simultanen Gründung. Bei letzterer findet keine Abstimmung statt. Es wird hier im sogenannten Er richtungsakt der gemeinsame, übereinstimmende Wille der Beteiligten bekundet, eine Aktiengesellschaft in näher umschriebener Gestalt zu gründen. Bei der simultanen Gründung haben wir demnach Willenseinheit, bei der simultanen Kapitalerhöhung den Willen der Mehrheit als Voraussetzung für die Änderung der Rechtslage. Dieser grundsätzliche Unterschied² in der Rechtslage gebietet für die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Simultangründung besondere Zurückhaltung. Das Verfahren der Simultankapitalerhöhung ist vielmehr den Normen über die Sukzessivkapitalerhöhung nachzubilden³.

¹ OR 931; Verordnung vom 7. Juni 1937 über das Schweizerische Handelsamtsblatt (AS BF 53 (1937) 610/1).

² Vgl. vorn 94.

³ Er wird vor allem von v. Steiger 277 hervorgehoben.

³ A. M. Folliet 165. Dieser Autor versucht auf den Fall der qualifizierten Simultankapitalerhöhung die Bestimmungen über die qualifizierte Simultangründung zu übertragen. In diesem Sinne führt er a. a. O. aus:

La société peut aussi décider d'augmenter son capital par un acte passé en la forme authentique et signé par tous les *apporteurs* (et non plus fondateurs) ou ceux-ci déclarent qu'ils ont souscrit eux-mêmes toutes les nouvelles actions. Les participants à cette assemblée extraordinaire c'est-à-dire les actionnaires actuels présents et les apporteurs déclarent:

- a) que le montant légal est couvert par les apports statutaires en nature et que toutes les nouvelles actions sont souscrites.
- b) que les dispositions statutaires concernant les apports en nature sont approuvées.
- c) que les conventions relatives aux apports en nature ont été présentées.

tankapitalerhöhung kann es zu einer öffentlichen Aktienemission kommen⁹.

C. *Die Aktienzeichnung erfolgt suspensiv bedingt.*

D. *Die Sicherstellung der Sacheinlagen*¹⁰ kann auch beim Simultanverfahren am besten dadurch erreicht werden, daß die Über-eignung der einzubringenden Vermögenswerte an die Gesellschaft selbst erfolgt. Die Gesellschaft erlangt dann ein resolutiv bedingtes Eigentumsrecht an diesen Sachen. Doch kann man auch hier die bei Behandlung des Sukzessivverfahrens näher behandelten Möglichkeiten wählen.

III. *Die Beschlußfassung* in der Generalversammlung ist genau gleich geordnet wie im Simultanverfahren. Das gilt speziell auch für die Frage der Stimmberechtigung. An sich könnten die neuen Aktionäre beim Simultanverfahren auch schon beim Kapitalerhöhungsbeschluß mitstimmen. Die Identität der neuen Aktionäre ist bestimmt, und sie haben auch schon vorgängig der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ihre Beitragspflicht übernommen und wenigstens zum Teil auch schon erfüllt. Aus dem Gesichtspunkt, daß mit dem Kapitalerhöhungsbeschluß eine Statutenänderung vorgenommen wird, ist das Stimmrecht bei der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses doch nur den alten Aktionären zuzusprechen. Denn nur sie können richtigerweise berufen sein, eine Änderung am alten Zustand herbeizuführen. Bei der Fassung des Feststellungsbeschlusses können jedoch auch die neuen Aktionäre mitstimmen, und zwar auch bei den besonderen Beschlüssen für die Tatbestände von OR 628.

IV. *Die öffentliche Verurkundung* bezieht sich auf den Kapitalerhöhungsbeschluß, den Feststellungsbeschluß und die besonderen Beschlüsse über Sacheinlagen, Sachübernahmen und die Gewährung besonderer Vorteile. Die öffentliche Verurkundung gestaltet sich insofern einfacher, als alle Beschlüsse in derselben Generalversammlung gefaßt werden.

V. *Die Anmeldung der Beschlüsse zum Handelsregister* erfolgt hier gleichfalls in einem Mal.

⁹ v. Salis 117.

¹⁰ Diese Maßnahme dient vor allem auch der Erbringung einer Mindestliberierung.

§ 14. Die Haftungsnormen für die qualifizierte Kapitalerhöhung

Gemäß dem Grundsatz, daß die Kapitalerhöhung als Statutenänderung aufzufassen ist, und nicht als Neugründung, ist die Verantwortung für die getroffenen Maßnahmen grundsätzlich nach den Haftungsbestimmungen für Geschäftsführung OR 754 zu beurteilen¹. Als spezielle Haftungsnorm geht allerdings die in OR 752 geregelte Prospekthaftung den allgemeinen Bestimmungen von OR 754 vor. Hingegen ist die in OR 753 vorgesehene «Gründerhaftung» nur subsidiär heranzuziehen.

Auf die analoge Anwendung der Bestimmungen über die Gründerhaftung kann allerdings nicht ganz verzichtet werden. Nach Siegwart kommt der Bestimmung von OR 753 in Anwendung auf die Kapitalerhöhung jedoch lediglich die Bedeutung zu, darzulegen «worin das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung bestehen kann»². Nach unserem positiven Gesetzrecht könnte der Haftungsbestimmung von OR 753 auch für die Kapitalerhöhung größere Bedeutung zugelegt werden. Denn unser Gesetz hat die Kapitalerhöhung noch nach dem Schema der Neugründung ausgestaltet. In diesem Sinne führt Henggeler 18 aus: «Die Gründungsbestimmungen müssen beobachtet werden; infolgedessen kommen auf die Nichtbeachtung auch die für die Nichtbeachtung der Gründungsbestimmungen aufgestellten Sanktionen zur Anwendung.»

Nach Siegwart dient die Haftungsbestimmung von OR 753 lediglich zur Darlegung dessen, was die Haftung begründet: die Haftung selber richtet sich nach OR 754. Nach Henggeler ist auch die Haftung nach OR 753 zu beurteilen.

Das macht keinen Unterschied für das Maß der Haftung: denn sowohl nach OR 753, als auch nach OR 754 wird für absichtliches und für fahrlässiges Handeln gehaftet. Auch wird durch beide Bestimmungen derselbe Personenkreis geschützt: die Gesellschaft, die Aktionäre und die Gläubiger. Unterschiede zeigen sich jedoch beim Personenkreis, der verantwortlich gemacht wird. Nach OR 754 sind es nur die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, nach OR 753 wäre es jedermann, der bei der Kapitalerhöhung tätig ist. Die delik-

¹ Siegwart Art. 650 N 45; BGE 59 II 451; a.M. Schultheß 81.

² Art. 650 N 45.

tische Gründerhaftung⁴ ermöglicht es, auch Hintermänner zu erfassen⁵. Nach der vertraglichen Organhaftung können nur die für die Gesellschaft handelnden Organe verantwortlich gemacht werden.

OR 753 hat einen umfassenderen Wirkungsbereich als OR 754. Es fragt sich, ob dieser erweiterte Schutz bei der Kapitalerhöhung auch erforderlich ist.

Dagegen spricht der Umstand, daß man aus formalistischen Gründen entweder die Haftungsbestimmungen für die Gründung oder die Haftungsbestimmungen für die Geschäftsführung als anwendbar erklären sollte. Diese Alternative könnte nur zugunsten der Haftungsbestimmungen für die Geschäftsführung entschieden werden.

Der Umstand, daß mit Hilfe von OR 753 auch alle Hintermänner erfaßt werden können, ist jedoch Grund genug, um neben der grundsätzlich anzuwendenden Organhaftung nach OR 754 auch die deliktische Haftung nach OR 753 gelten zu lassen. Der leitende Grundsatz, daß die Kapitalerhöhung als Statutenänderung, nicht als Neugründung aufzufassen ist, steht dem zwar entgegen. Man darf jedoch nicht jeden Analogieschluß von der Gründung auf die Kapitalerhöhung a priori ausschließen⁶. Wo die Rechtslage bei der Kapitalerhöhung gleich ist wie bei der Gründung, darf man auch dieselbe gesetzliche Regelung gelten lassen.

OR 753 kommt daher bei der Kapitalerhöhung die Bedeutung zu, darzutun, «worin das pflichtwidrige Verhalten bestehen kann», und zu bestimmen, wer alles verantwortlich gemacht werden kann.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß neben der vertraglichen Haftung von OR 754 immer noch die allgemeine Deliktshaftung nach OR 41 Platz greifen kann⁷.

§ 15. Zusammenfassung für das dritte Kapitel

Die Kapitalerhöhung stellt einen Fall von Statutenänderung dar. Es ist nötig, daß man sich von der Anschauung, es vollziehe sich da-

⁴ Daß es sich hierbei um eine deliktische Haftung handelt, ist nicht unbestritten. Vgl. Morant 47 ff.

⁵ Siegwart Art. 628 N 30.

⁶ Vgl. vorn 22.

⁷ Schucany Art. 754 Anm. 1.

mit eine teilweise Neugründung der Gesellschaft, ganz frei macht. Die in alten Vorstellungen wurzelnde Verweisungstechnik unseres Gesetzes hat jedoch zur Folge, daß für die Festlegung der Normativbestimmungen der Kapitalerhöhung immer noch die Gründungsbestimmungen herangezogen werden müssen. Die Vorschriften, auf die verwiesen wird, sind analog anzuwenden.

Bei der Kapitalerhöhung ist zu unterscheiden zwischen dem Sukzessivverfahren und dem Simultanverfahren. Diese Unterscheidung hat mit dem Dualismus von sukzessiver und simultaner Gründung nichts gemein. Die Rechtsnatur der Kapitalerhöhung hat vielmehr zur Folge, daß ausschließlich die Gesetzesbestimmungen für die sukzessive Gründung transponiert werden können. Die Einstimmigkeit der Beteiligten, die die Voraussetzung für die Simultangründung bildet, kann bei der Simultankapitalerhöhung nicht vorausgesetzt werden. Die Simultankapitalerhöhung unterscheidet sich von der Sukzessivkapitalerhöhung lediglich dadurch, daß die zeitlich aufeinanderfolgenden Stadien des Sukzessivverfahrens beim Simultanverfahren, wenigstens teilweise, zusammenfallen.

Dies ist dadurch möglich, daß die Verwaltung, sei es auf Grund einer statutarischen Autorisation, sei es auf Grund eines Kapitalerhöhungsbeschlusses nicht statutenändernder Qualität oder dann auf eigene Verantwortung bedingte Rechtsgeschäfte abschließt, die der Sanktionierung durch die Generalversammlung unterstehen.

Die Voraussetzung für die Einleitung des Sukzessivverfahrens bildet regelmäßig der Kapitalerhöhungsbeschluß statutenändernder Qualität. Über Sacheinlagen, Sachübernahmen und über die Gewährung von besonderen Vorteilen muß hiebei im Sinne einer Ermächtigung der Verwaltung besonders abgestimmt werden. Ein qualifiziertes Zustimmungsquorum ist für diese Beschlußfassung nicht erforderlich. Der Kapitalerhöhungsbeschluß ist öffentlich zu verkünden und dem Handelsregisteramt einzureichen. Gesellschaftsintern mag der Kapitalerhöhungsbeschluß den entscheidenden Schritt bedeuten; für die gesellschaftsexternen Wirkungen und für die Kapitalerhöhung als Ganzes kommt jedoch dem Feststellungsbeschluß die überragende, rechtlich relevante Bedeutung zu.

Sind die Voraussetzungen für das eine oder das andere Verfahren gegeben, so müssen folgende Stadien durchlaufen werden:

1. Mit Rücksicht auf die Gefahren, die sich mit einer qualifizierten Kapitalerhöhung verbinden, ist die Verwaltung verpflichtet, einen

besonderen Bericht zu erstatten. Dieser entspricht dem «Gründerbericht».

2. Im Falle einer öffentlichen Emission muß ein Prospekt veröffentlicht werden. Dieser hat auf Sacheinlagen, Sachübernahmen und auf besondere Vorteile, die gewährt werden sollen, ausdrücklich Bezug zu nehmen.

3. Es erfolgt die Aktienzeichnung.

4. Die Sacheinlagen müssen sichergestellt werden.

5. Sind diese Vorkehren getroffen, so schreitet die Generalversammlung zur Fassung des Feststellungsbeschlusses. Mit dieser Beschlußfassung verbindet sich eine besondere Abstimmung über die Qualifikationstatbestände. Entgegen der herrschenden Meinung muß hierbei das Zustimmungsquorum von zwei Dritteln des Grundkapitals nicht erreicht werden. Das einfache Mehr genügt. Erfüllen die Qualifikationstatbestände jedoch zugleich die Voraussetzungen der Sachverhalte, die in den Artikeln 649, 654 und 657 geregelt sind, so müssen die besonderen Schutzvorschriften dieser soeben zitierten Artikel beobachtet werden. (Qualifizierte Präsenz.) Für alle diese Beschlußfassungen sind auch die neuen Aktienzeichner, inklusive Apportanten und begünstigte Aktionäre stimmberechtigt.

6. Der Feststellungsbeschluß ist beim Handelsregisteramt einzureichen.

7. Die erfolgte Kapitalerhöhung ist im Handelsregister einzutragen und erlangt damit auch gegenüber Dritten Rechtskraft.

Als Haftungsnormen für die qualifizierte Kapitalerhöhung sind grundsätzlich die Haftungsbestimmungen für die Geschäftsführung, enthalten in OR 754, maßgeblich. Als spezielle Bestimmung ist daneben OR 752, das die Prospekthaftung regelt, zu beachten. Der Bestimmung über die Gründerhaftung, OR 753, kommt die Bedeutung zu, darzutun, worin das pflichtwidrige Verhalten bestehen kann, und festzulegen, wer alles verantwortlich gemacht werden kann.

Lebenslauf

Einer in Zuoz (Kanton Graubünden) heimatberechtigten Familie entstammend, wurde ich am 16. Juli 1923 in Bergün geboren, wo mein Vater als Pfarrer amtete. In Bergün besuchte ich während acht Jahren die Dorfschule. Von 1938 bis 1943 war ich am Gymnasium der Bündnerischen Kantonsschule in Chur, Typus A. Infolge zweijährigen, fast ununterbrochenen Militärdienstes, konnte ich mein Studium erst im Herbst 1945 aufnehmen. Ich studierte an den Universitäten Zürich und Basel und verbrachte zwei Studienaufenthalte in Lausanne. Im Jahre 1947 absolvierte ich ein Praktikum von acht Monaten beim Bündnerischen Steuerkommissariat, und während des Jahres 1951 arbeitete ich als vollbeschäftigter Substitut in einem Advokaturbureau in Zürich. Das Doktorexamen habe ich am 12. Juli 1952 an der Universität Zürich abgelegt.

